

DISSENTING OPINION OF
JUDGE SIR GERALD FITZMAURICE

[A summary of main conclusions
is given in paragraph 10 of this Opinion; and a synoptical table
of contents appears at the end, after the Annex.]

PART I

INTRODUCTORY CONSIDERATIONS

1. The real issues in the case

1. Although I respect the humanitarian sentiments and the avowed concern for the welfare of the peoples of SW. Africa which so clearly underlie the Opinion of the Court in this case, I cannot as a jurist accept the reasoning on which it is based. Moreover, the Opinion seems to me insufficiently directed to those aspects of the matter which really require to be established in order to warrant the conclusion that South Africa's mandate in respect of SW. Africa stands validly revoked. Much of the substance of the Opinion (i.e., that part of it which does not deal with formal, preliminary or incidental matters) is taken up with demonstrating that League of Nations mandates, as an international institution, survived the dissolution of the League—whereas what is really in issue in this case is not the survival of the Mandate for SW. Africa but its purported revocation. Whether or not South Africa still disputes the survival of the Mandate, it certainly disputes its survival in the form of an obligation *owed to the United Nations* (this is the basic issue in the case); and denies that the organs of the United Nations have any competence or power to revoke it.

2. As regards the Court's conclusion that the Mandate has been validly revoked, this can be seen to rest almost exclusively on two assumptions—or rather, in the final analysis, on one only. I speak of assumptions advisedly,—and indeed, concerning the second and more far-reaching of the two (which in one form or another really underlies and entirely motivates the whole Opinion of the Court), there is an open admission that nothing more is needed—the matter being “self-

OPINION DISSIDENTE DE SIR GERALD FITZMAURICE

[Traduction]

[On trouvera au paragraphe 10 de la présente opinion un résumé des principales conclusions et à la fin, après l'annexe, une table synoptique.]

PREMIÈRE PARTIE

CONSIDÉRATIONS INTRODUCTIVES

1. Véritables problèmes se posant en l'espèce

1. Quel que puisse être mon respect pour les sentiments humanitaires et pour le souci déclaré du bien-être des peuples du Sud-Ouest africain qui inspirent si évidemment l'avis consultatif de la Cour en cette affaire, je ne puis, en tant que juriste, accepter l'argumentation sur laquelle il repose. De plus, l'avis ne me semble pas accorder une attention suffisante aux aspects de la question qu'il importe réellement d'établir afin de pouvoir conclure que le Mandat de l'Afrique du Sud pour le Sud-Ouest africain est valablement révoqué. Une grande partie des développements sur le fond (c'est-à-dire figurant dans la partie de l'avis qui ne traite pas de questions formelles, préliminaires ou incidentes) vise à démontrer que les mandats de la Société des Nations ont survécu en tant qu'institutions internationales à la dissolution de la Société — alors que ce qui est réellement en cause dans cette affaire est non pas la survivance du Mandat pour le Sud-Ouest africain mais sa prétendue révocation. Que l'Afrique du Sud persiste ou non à contester la survivance du Mandat, ce qui est certain c'est qu'elle conteste cette survivance en tant qu'obligation *envers les Nations Unies* (c'est là le point essentiel), et qu'elle dénie aux organes des Nations Unies toute compétence ou pouvoir de révoquer le Mandat.

2. Quant à la conclusion de la Cour, qui consiste à affirmer que le Mandat a été valablement révoqué, elle repose presque exclusivement sur deux postulats — ou plutôt, en dernière analyse, sur un seul. C'est à dessein que je parle de postulats : pour le deuxième, qui est le plus radical et qui, d'une manière ou d'une autre est véritablement sous-jacent à tout l'avis de la Cour et en constitue toute la motivation, il est même ouvertement admis que ce n'est pas la peine d'aller plus loin, la question étant

evident". These two assumptions are *first* that there was, or there must have been, an inherent right, vested in the United Nations, unilaterally to revoke the Mandate in the event of fundamental breaches of it (unilaterally determined to exist),—and *secondly*, that there have in fact been such breaches. Since it is clear that the supposed inherent right of revocation, even if it exists, could never be invoked *except* on a basis of fundamental breaches (several passages in the Opinion specifically recognize that only a material breach could justify revocation), it follows that the whole Opinion, or at least its central conclusion, depends on the existence of such breaches. How then does the Opinion deal with this essential matter?—essential because, if there is insufficient justification *in law* for the assumption, the whole Opinion must fall to the ground, as also (though not only for that reason) must the General Assembly's Resolution 2145 of 1966 purporting to revoke, or declare the termination of the Mandate, which was predicated on a similar assumption¹.

3. The charges of breaches of the Mandate are of two main kinds. The first relates to the failure to carry out, *in relation to the United Nations* an obligation which, in the relevant provision of the Mandate itself (Article 6), is described as an obligation to make an annual report "to the Council of the League of Nations". At the critical date however, at which the legal situation has to be assessed, namely in October 1966 when the Assembly's resolution 2145 purporting to revoke the Mandate, or declare its termination, was adopted, the view that the failure to report to the Assembly of the United Nations constituted a breach of it—let alone a fundamental one—rested basically (not on a judgment² but) on an Advisory Opinion given by this Court in 1950 which, being advisory only,

¹ Since it is important that the true character and purport of this Resolution—(not reproduced in the Opinion of the Court)—should be understood, especially as regards its tone and real motivation, I set it out *verbatim* and *in extenso* in the Annex hereto (section 3, paragraph 15). There is hardly a clause in it which is not open to challenge on grounds of law or fact;—but considerations of space forbid a detailed analysis of it on the present occasion.

² (a) So far as the reporting obligation is concerned, which is a distinct issue from that of the survival of the Mandate *in se*, the 1955, 1956 and 1962 pronouncements of the Court merely referred to the 1950 Opinion and added no new reasoning. In its 1962 Judgment in the preliminary (jurisdictional) phase of the then *SW. Africa* cases (*Ethiopia and Liberia v. South Africa*) in which the issue was not Article 6 but Article 7 of the Mandate, the Court, as an *obiter dictum*, simply recited with approval the Court's 1950 Opinion about the reporting obligation and did not further deal with the matter, which therefore still rests essentially on the 1950 Opinion. Neither in the main conclusion, nor in the operative part of the 1962 Judgment, both of which appear on p. 347 of the Court's 1962 Volume of Reports, is there any mention of or pronouncement on it. The 1955 and 1956 Opinions given in the *Voting Procedure* and *Right of Petitions* cases were equally consequential upon and based on, the original 1950 Opinion.

(b) It is not without significance perhaps, that the failure to render reports to the Assembly—so heavily relied on in the Opinion of the Court—is not *specifically*

évidente. Ces deux postulats sont : *primo*, qu'il y avait ou qu'il devait y avoir un droit inhérent, appartenant aux Nations Unies, de révoquer unilatéralement le mandat en cas de violation fondamentale de celui-ci unilatéralement constatée; *secundo*, que de telles violations se sont effectivement produites. Etant donné qu'il est clair que ce prétendu droit inhérent de révocation, à supposer qu'il existe, n'a jamais pu être invoqué si ce n'est à la suite de violations fondamentales (plusieurs passages de l'avis reconnaissent expressément que seule une violation substantielle justifierait la révocation), il en découle que l'avis en général, ou du moins sa conclusion principale, dépend de l'existence de ces violations. Et comment l'avis traite-t-il cette question essentielle? — essentielle parce que, si la thèse des violations fondamentales n'a pas de justification suffisante *en droit*, tout l'avis s'écroule forcément, de même que (mais pas seulement pour cette raison) la résolution 2145 de 1966 par laquelle l'Assemblée générale a prétendu révoquer ou déclarer terminé le Mandat et qui reposait sur un postulat analogue ¹.

3. Les accusations de violation du Mandat rentrent sous deux chefs principaux. La première porte sur le fait de ne pas avoir rempli à l'égard des Nations Unies une obligation qui, dans la clause pertinente du Mandat (art. 6), est décrite comme une obligation d'envoyer un rapport annuel « au Conseil de la Société des Nations ». Or, à la date critique à laquelle la situation juridique doit être appréciée, c'est-à-dire en octobre 1966, époque où la résolution 2145 de l'Assemblée générale visant à révoquer le Mandat ou à en déclarer la cessation a été adoptée, l'idée que ne pas faire rapport à l'Assemblée générale des Nations Unies pût constituer une violation du Mandat — et à plus forte raison une violation fondamentale — reposait essentiellement non pas sur un arrêt ², mais sur un avis consul-

¹ Puisqu'il importe que le caractère et l'intention véritables de cette résolution (qui n'est pas reproduite dans l'avis de la Cour) soient bien compris, en particulier pour ce qui est du ton employé et des vrais motifs, je la reproduis *in extenso* dans l'annexe à la présente opinion (section 3, par. 15). Elle ne contient guère de clause qui ne prête à contestation pour des raisons de droit ou de fait; le souci de ne pas faire trop long interdit toutefois de se livrer ici à une analyse détaillée

² a) Au sujet de l'obligation de faire rapport, qui constitue un problème distinct de celui de la survivance du Mandat en soi, les décisions de la Cour de 1955, 1956 et 1962 n'ont fait que se référer à l'avis consultatif de 1950 sans ajouter de nouveaux motifs. Dans son arrêt de 1962, rendu en la phase préliminaire (juridictionnelle) des affaires intéressant ce qu'on appelait alors le *Sud-Ouest africain* (Ethiopie et Libéria c. Afrique du Sud), et dans laquelle le problème concernait non pas l'article 6 du Mandat mais son article 7, la Cour a purement et simplement repris à titre d'*obiter dictum* son propre avis de 1950 sur l'obligation de faire rapport et n'a pas étudié davantage la question qui par suite repose encore essentiellement sur l'avis de 1950. Ni dans la conclusion principale de l'arrêt de 1962, ni dans son dispositif, que l'on trouve à la page 347 du *Recueil* de la Cour pour 1962, la Cour ne s'est prononcée sur ce point ni n'en a fait mention. Les avis consultatifs de 1955 et de 1956 sur la *Procédure de vote* et l'*Admissibilité de l'audition de pétitionnaires* découlent également de l'avis initial de 1950, et se fondent sur cet avis.

b) Il n'est peut-être pas indifférent que le fait de ne pas avoir soumis des rapports à l'Assemblée générale — auquel le présent avis de la Cour attache un si grand

and rendered to the United Nations, not South Africa, *was not binding on the latter* and, as regards this particular matter, was highly controversial in character, attracted important dissents, and was the subject of much subsequent serious professional criticism. This could not be considered an adequate basis in law for the exercise of a power of unilateral revocation, even if such a power existed. There cannot be a fundamental breach of something that has never—in a manner binding upon the entity supposed to be subject to it—been established as being an obligation at all,—which has indeed always been, as it still is, the subject of genuine legal contestation. That South Africa denied the existence of the obligation is of course quite a different matter, and in no way a sufficient ground for predicating a breach of it.

4. The second category of charges relates to conduct, said to be detrimental to “the material and moral well-being and the social progress” of the inhabitants of the mandated territory, and thus contrary to Article 2 of the Mandate. *These charges had never, at the critical date of the adoption of Assembly resolution 2145, been the subject of any judicial determination at all,*—and in the present proceedings the Court has specifically refused to investigate them, having rejected the South African application to be allowed to present further³ factual evidence and connected argument on the matter. The justification for this rejection is said to be that practices of “apartheid”, or separate development, are self-evidently detrimental to the welfare of the inhabitants of the mandated territory, and that since these practices are evidenced by laws and decrees of the Mandatory which are matters of public record there is no need for any proof of them. This is an easy line to take, and clearly saves much trouble. But is it becoming to a court of law?—for the ellipsis in the reasoning is manifest. Certainly the authenticity of the laws and decrees themselves does not need to be established, and can be regarded as a matter of which, to use the common law phrase, “judicial notice” would be taken without specific proof. But the *deductions* to be drawn from such laws and decrees, as to the effect they would produce in the particular local circumstances, must obviously be at least *open* to argument,—and there are few, if any, mature systems of private law, the courts of which, whatever conclusions they might ultimately come to, would refuse to hear it. Yet it was on the very

mentioned (though presumably intended to be implicitly covered) in Assembly resolution 2145, amongst the reasons for purporting to terminate the Mandate. Much more prominence is given to the attainment of independence by the mandated territory, which could not by any process of reasoning be a valid *legal* ground of *unilateral* revocation.

³ Much evidence both written and oral was of course laid before the Court in the 1965-1966 proceedings. But only four judges out of those who then composed the Court now remain,—and in any case the Court, as such, has not made any collective study of that evidence at all in the course of the present proceedings.

tatif donné par la Cour en 1950 lequel, n'étant que consultatif et s'adressant non pas à l'Afrique du Sud mais à l'Organisation des Nations Unies, *ne liait pas l'Afrique du Sud* et qui, sur ce point particulier, a prêté à maintes controverses, a suscité des prises de position dissidentes importantes et a inspiré par la suite maintes critiques graves aux spécialistes. On ne saurait y voir un fondement juridique adéquat pour l'exercice d'un pouvoir de révocation unilatérale, celui-ci existerait-il. Il ne saurait y avoir violation fondamentale de quelque chose dont on n'a jamais établi — *d'une manière contraignante pour l'entité qui est censée y être soumise* — qu'il s'agit effectivement d'une obligation et qui en fait a toujours donné et donne encore lieu à de véritables contestations juridiques. Que l'Afrique du Sud ait nié l'existence de l'obligation, c'est évidemment un autre problème mais ce n'est pas raison suffisante pour établir qu'elle l'ait violée.

4. Le deuxième chef d'accusation concerne le comportement, qualifié de contraire « au bien-être matériel et moral et au progrès social » des habitants du territoire sous Mandat et par suite à l'article 2 du Mandat. *A la date critique de l'adoption de la résolution 2145 de l'Assemblée générale, cette accusation n'avait jamais donné lieu à une constatation judiciaire quelconque* et, dans la présente procédure, la Cour a expressément refusé de l'examiner puisqu'elle a rejeté la demande de l'Afrique du Sud d'être autorisée à présenter de nouvelles³ preuves matérielles et des arguments s'y rapportant. La justification de ce rejet serait que la pratique de l'*apartheid* ou développement séparé est de toute évidence préjudiciable au bien-être des habitants du territoire sous Mandat et que, l'existence de cette pratique étant établie par les dispositions législatives et réglementaires du Mandataire, qui sont connues de tous, il n'est pas nécessaire d'en administrer la preuve. C'est là un argument facile et qui épargne sans aucun doute bien des efforts. Mais sied-il à un tribunal d'y recourir? Car il est évident que le raisonnement est elliptique. Certes, l'authenticité des lois et décrets eux-mêmes n'a pas besoin d'être établie et peut, comme on dit dans les pays de *common law*, être judiciairement enregistrée sans qu'il soit besoin de preuve spécifique. Mais il est manifeste que les *déductions* à tirer de ces textes quant aux effets qu'ils produiraient dans les circonstances locales particulières de l'espèce sont au moins sujettes à examen; et il n'est guère de système développé de droit privé, s'il en est un, dont les tribunaux refuseraient de s'y livrer, quelle que soit la

poids — ne soit pas (quoique sans doute visé implicitement) *expressément* mentionné par la résolution 2145 de l'Assemblée au nombre des motifs qui justifieraient la cessation du Mandat. L'avis attache beaucoup plus d'importance à l'accession à l'indépendance du territoire sous Mandat, considération qu'aucune méthode de raisonnement ne saurait justifier en tant que motif *juridiquement* valable de révocation *unilatérale*.

³ Certes, la Cour a disposé en 1965-1966 d'une abondante documentation écrite et orale. Mais il ne reste aujourd'hui que quatre des juges qui la composaient alors — et de toute manière la Cour dans son ensemble ne s'est livrée à aucune étude collective de ces éléments de preuve au cours de la présente procédure.

question of the alleged self-evidently detrimental effect of its policies of apartheid in *SW. Africa*, that the Mandatory wanted to adduce further factual evidence. Thus the Court, while availing itself of principles of contractual law when it is a question of seeking to establish a right of unilateral revocation for fundamental breaches, fails to apply those corresponding safeguards which private law itself institutes, directed to ensuring that there have indeed *been* such breaches. It is not by postulations that this can be done.

5. In consequence, since the whole Opinion of the Court turns, in the final analysis, on the view that fundamental breaches of the Mandate have occurred, it must (regrettably) be concluded that, in the circumstances above described, this finding has been reached on a basis that must endanger its authority on account of failure to conduct any adequate investigation into the ultimate foundation on which it professes to rest.

* * *

6. What, in truth, the present proceedings are or should properly speaking, and primarily, be concerned with, is not any of this, but issues of competence and powers,—for unless the necessary competence and power to revoke South Africa's mandate duly resided in the organs of the United Nations,—unless the Mandatory, upon the dissolution of the League of Nations, became accountable to such an organ,—no infringements of the Mandate, however serious, could operate in law to validate an act of revocation by the United Nations, or impart to it any legal effect. Here the fallacy, based on yet another unsubstantiated assumption underlying the whole Opinion of the Court, namely that the survival of the Mandate *necessarily* entailed the supervisory role of the United Nations, becomes prominent.

7. As to unilateral revocability itself, the Opinion proceeds according to a conception of the position of the various League of Nations mandatories, in relation to their mandates, which would have been considered unrecognizable in the time of the League, and unacceptable if recognized. My reading of the situation is based—in orthodox fashion—on what appears to have been the intentions of those concerned at the time. The Court's view, the outcome of a different, and to me alien philosophy, is based on what has become the intentions of new and different entities and organs fifty years later. This is not a legally valid criterion, and those thinking of having recourse to the international judicial process at the present time must pay close attention to the elaborate explanation of its attitude on this kind of matter which the Court itself gives in its Opinion.

8. Under both heads,—the competence of the United Nations to supervise, and the liability of the Mandate to (unilateral) revocation,—the findings of the Court involve formidable legal difficulties which the

conclusion à laquelle ils aboutiraient en fin de compte. Pourtant, c'était sur la question même du prétendu effet évidemment nuisible de sa politique d'*apartheid* dans le *Sud-Ouest africain* que le Mandataire voulait fournir de nouvelles preuves matérielles. Ainsi la Cour, tout en se référant de principes du droit des contrats pour chercher à établir un pouvoir de révocation unilatérale pour cause de violation fondamentale, n'applique pourtant pas les garanties correspondantes que le droit privé lui-même prévoit pour s'assurer qu'il y a bien eu violation. Ce n'est pas à grand renfort de postulats qu'on peut faire cette vérification.

5. En conséquence, puisque tout l'avis consultatif de la Cour tourne en dernière analyse autour de l'idée que des violations fondamentales du Mandat se sont produites, il faut constater à regret que, dans les circonstances décrites plus haut, cette conclusion a été développée d'une manière qui doit nécessairement compromettre l'autorité de l'avis en raison d'un examen insuffisant des prémisses sur lesquelles il prétend se fonder.

* * *

6. Ce qui faisait à la vérité, ou à proprement parler aurait dû faire l'objet essentiel de la présente procédure, ce n'étaient pas ces questions mais des problèmes de compétence et de pouvoirs — car, à moins que la compétence et le pouvoir nécessaires pour révoquer le Mandat de l'Afrique du Sud appartiennent dûment aux organes des Nations Unies, aucune infraction à ce Mandat, pour grave qu'elle soit, ne pourrait avoir pour résultat en droit de valider l'acte de révocation ou de lui donner un effet juridique quelconque. C'est là qu'apparaît le caractère fallacieux du raisonnement — procédant d'un autre postulat non démontré — sur lequel repose tout l'avis de la Cour, à savoir que la survivance du Mandat supposait *nécessairement* le rôle de surveillance de l'Organisation des Nations Unies.

7. Quant à la révocabilité unilatérale, l'avis part d'une conception de la position des divers mandataires de la Société des Nations par rapport à leurs mandats qui, à l'époque de la Société des Nations, aurait été considérée comme dénaturée et de toute façon inacceptable. Mon interprétation de la situation se fonde, de manière orthodoxe, sur ce qui paraît avoir été l'intention des principaux intéressés à l'époque. L'attitude de la Cour, marquant l'aboutissement d'une philosophie différente qui m'est étrangère, se fonde sur les intentions d'entités et d'organes nouveaux et distincts quelque cinquante années plus tard. Ce n'est pas là un critère juridiquement valable et ceux qui pensent recourir au processus judiciaire international à l'heure actuelle doivent tenir le plus grand compte de l'explication de son attitude en ce genre de domaine que la Cour a échaudée dans son avis.

8. Sur les deux points — celui de la compétence de l'Organisation des Nations Unies en matière de surveillance et celui de la possibilité de révocation unilatérale du Mandat, les conclusions de la Cour soulèvent

Opinion turns rather than meets, and sometimes hardly seems to notice at all. Inferences based on the desirability or, as the case may be, the undesirability, of certain results or consequences, do not, as my colleague Judge Gros points out, form a satisfactory foundation for legal conclusions,—no more than would such an over-simplification of the issue as that involved in the assertion that South Africa administered its mandate on behalf of the United Nations which, therefore, had the right to revoke it,—a view which quietly begs virtually every question in the case. Here again, statements to the effect that certain results cannot be accepted because this would be tantamount to admitting that given rights were in their nature imperfect and unenforceable, do not carry conviction as a matter of international law since, at the present stage of its development, this is precisely what that system itself in large measure is, and will, pending changes not at present foreseeable, continue to be. It is not by ignoring this situation that the law will be advanced.

* * *

9. Given the Court's refusal to allow the appointment of a South African judge *ad hoc* in the present case, in spite of its clearly very contentious character (as to this, see section 4 of the Annex hereto), it is especially necessary that the difficulties I refer to should be stated, and fully gone into. This must be my excuse for the length of an Opinion which the nature of the case makes it impossible to reduce, except at the risk of important omissions.

2. *Arrangement and statement of main conclusions*

10. The substance of my view is contained in the four sections A-D of Part II hereof (paragraphs 11-124). A postscriptum on certain related political aspects of the whole matter is added (paragraph 125). As regards the various preliminary issues that have arisen, these—or such of them as I have felt it necessary to consider—are, together with one or two other matters that can more conveniently be treated of there, dealt with in the Annex that follows paragraph 125. On the substantive issues in the case my principal conclusions, stated without their supporting reasoning, are as follows:

(i) Although the various mandates comprising the League of Nations mandates system survived the dissolution of that entity in 1946, neither then nor subsequently did the United Nations, *which was not the League's successor in law*, become invested with the supervisory function previously exercised by the Council of the League, as the corollary or counterpart of the mandatories' obligation to render reports to it. It was only if a mandated territory was placed under the United Nations trusteeship

d'énormes difficultés juridiques que l'avis consultatif contourne plutôt qu'il n'y fait face et dont il paraît parfois à peine conscient. Des considérations tenant à l'opportunité ou à l'inopportunité de certains résultats ou conséquences n'offrent aucun fondement satisfaisant à des conclusions juridiques, comme le souligne mon collègue M. Gros, pas plus d'ailleurs qu'une simplification aussi excessive du problème que celle qui consiste à affirmer que l'Afrique du Sud administrait le territoire sous Mandat au nom des Nations Unies, qui avaient de ce fait le droit de révoquer le Mandat — manière de voir qui, tranquillement, suppose résolues presque toutes les questions se posant en l'espèce. Là encore, dire que certains résultats sont inacceptables parce que, si on les acceptait, cela reviendrait à admettre que des droits déterminés étaient par nature imparfaits et non exécutoires n'est pas convaincant en droit international car, au stade actuel de son évolution, ce système présente précisément un tel caractère dans une large mesure et, en attendant des transformations pour l'instant non prévisibles, le conservera. Ce n'est pas en méconnaissant cette situation que l'on fera évoluer le droit.

* * *

9. Vu le refus de la Cour de permettre la désignation d'un juge *ad hoc* sud-africain malgré le caractère nettement contentieux de l'affaire (sur ce point voir la section 4 de l'annexe à la présente opinion), il est particulièrement nécessaire d'exposer et d'analyser ces difficultés. Cette nécessité me fera pardonner la longueur d'une opinion que la nature de l'affaire ne permettrait de réduire qu'au risque de commettre d'importantes omissions.

2. *Ordre et énoncé des conclusions principales*

10. Mon argumentation principale est développée dans les quatre sections A à D de la deuxième partie de la présente opinion (par. 11-124) et un post-scriptum sur certains aspects politiques connexes de l'ensemble du problème s'y ajoute (par. 125). Quant aux divers points préliminaires qui se posaient, ils seront — du moins ceux d'entre eux que j'ai estimé nécessaire d'examiner — traités dans l'annexe qui suit le paragraphe 125, en même temps qu'une ou deux autres questions qu'il est plus commode d'aborder à cet endroit. Sur le fond même de l'affaire, mes conclusions principales, énoncées sans leurs motifs, sont les suivantes :

i) Même si les divers mandats qui formaient le système des mandats de la Société des Nations ont survécu à la dissolution de cette institution en 1946, l'Organisation des Nations Unies, qui n'était pas le successeur en droit de la Société des Nations, n'a été chargée ni alors ni ultérieurement de la fonction de surveillance qui était précédemment exercée par le Conseil de la Société des Nations en tant que corollaire ou contrepartie de l'obligation des mandataires de lui faire rapport. La relation de surveil-

system (but there was no obligation to do this) that the supervisory relationship arose. No mandates at all (and not merely South Africa's) were ever, *as such*, administered on behalf of the United Nations⁴.

(ii) The reporting obligation also survived the dissolution of the League, but became dormant until such time as arrangements for reactivating it, comparable to those which existed under the League, and acceptable to the Mandatory, could be made⁵. It was not automatically transformed into, nor ever became, an obligation owed to the United Nations, such as to invest the latter with a supervisory function. The Mandatory's consent to what would, in effect, have been a *novation* of the obligation was never given.

(iii) Even if the United Nations did become invested with a supervisory function in respect of mandates not converted into trusteeships, this function, as it was originally conceived on a League basis, did not include any power of unilateral revocation. Consequently no such power could have passed to the United Nations.

(iv) Even if such a power was possessed by the Council of the League, the Assembly of the United Nations was not competent to exercise it, because of the constitutional limitations to which its action as a United Nations organ was inherently subject having regard both to the basic structure and specific language of the Charter.

(v) Except as expressly provided in certain articles of the Charter not material in the present context, the Assembly's powers are limited to discussion and making recommendations. It cannot bind the Mandatory any more than the Council of the League could do.

(vi) Having regard to conclusions (i)-(iii) above, which relate to the United Nations as a whole, the Security Council did not, on a *mandates* basis, have any other or greater powers than the Assembly. Its action could not therefore, *on that basis*, replace or validate defective Assembly

⁴ With the exception of SW. Africa, all the various mandated territories—apart of course from those that had become, or became, sovereign independent States—were placed under United Nations trusteeship. This did not by any means take place all at once,—but eventually SW. Africa was the only one to retain mandated status. However, as the Court found in its Advisory Opinion of 1950 concerning the *International Status of South West Africa (I.C.J. Reports 1950, at p. 144)*, the mandatories were not under any legal obligation to place mandated territories under the trusteeship system.

⁵ It appears that none of the mandatories rendered reports to the United Nations in the interval (which could be as much as about two years) before the mandated territory was converted into a trust territory or, in some cases, became independent.

lance ne prenait naissance que si un territoire sous mandat était placé sous le régime de tutelle des Nations Unies (ce qui n'était pas obligatoire). Aucun mandat (et pas seulement celui de l'Afrique du Sud) n'a jamais été, comme tel, géré au nom des Nations Unies ⁴.

ii) L'obligation de faire rapport a survécu elle aussi à la dissolution de la Société des Nations, mais elle restait latente jusqu'à ce que des arrangements comparables à ceux qui existaient à l'époque de la Société des Nations, acceptables pour le Mandataire, puissent être pris pour la ranimer ⁵. Elle ne s'est convertie ni automatiquement ni autrement en une obligation envers les Nations Unies, qui ait pu investir ces dernières d'une fonction de surveillance. Le consentement du Mandataire à ce qui aurait été en fait une *novation* n'a jamais été donné.

iii) Même si l'Organisation des Nations Unies a été effectivement chargée d'une fonction de surveillance sur les mandats non convertis en tutelles, cette fonction, telle qu'elle était initialement conçue dans le cadre de la Société des Nations, ne comprenait pas un pouvoir de révocation unilatérale. Par suite, ce pouvoir ne peut avoir été transmis à l'Organisation des Nations Unies.

iv) Même si le Conseil de la Société des Nations avait possédé ce pouvoir, l'Assemblée générale des Nations Unies n'était pas compétente pour l'exercer à cause des limitations constitutionnelles auxquelles son action, en qualité d'organe des Nations Unies, était intrinsèquement soumise, compte tenu à la fois de la structure de base et des termes exprès de la Charte.

v) Abstraction faite des dispositions expresses de certains articles de la Charte qui ne sont pas pertinentes, les pouvoirs de l'Assemblée générale consistent seulement à discuter et à recommander. L'Assemblée ne peut pas plus obliger le Mandataire que le Conseil de la Société des Nations ne le pouvait.

vi) Compte tenu des conclusions i) à iii) ci-dessus, qui s'appliquent à l'Organisation des Nations Unies dans son ensemble, le Conseil de sécurité n'avait pas, en ce qui concerne les mandats, d'autres pouvoirs ou des pouvoirs plus larges que ceux de l'Assemblée générale. Par suite, son action ne pouvait pas, à ce titre, remplacer ou valider une action défectueuse.

⁴ A l'exception du Sud-Ouest africain, les divers territoires sous mandat — sauf bien entendu ceux qui étaient ou sont devenus des Etats indépendants et souverains — ont tous été placés sous tutelle des Nations Unies. L'opération ne s'est nullement accomplie d'un seul coup, mais en fin de compte le Sud-Ouest africain est le seul qui ait conservé son statut de Mandat. Toutefois, comme la Cour l'a dit dans son avis consultatif de 1950 sur le *Statut international du Sud-Ouest africain* (C.I.J. Recueil 1950, p. 144), les mandataires n'avaient aucunement l'obligation juridique de placer les territoires sous mandat sous le régime de tutelle.

⁵ Il apparaît qu'aucun des mandataires n'a fait rapport aux Nations Unies dans l'intervalle (qui a pu atteindre deux ans environ) précédant le moment où le territoire sous mandat a été converti en territoire sous tutelle ou, dans certains cas, a accédé à l'indépendance.

action. The Security Council equally had no power to revoke the Mandate.

(vii) The Security Council cannot, in the guise of peace-keeping, validly bring about a result the true character of which consists of the exercise of a purported supervisory function relative to mandates.

(viii) Even where the Security Council is acting genuinely for the preservation or restoration of peace and security, it has no competence as part of that process to effect definitive and permanent changes in territorial rights, whether of sovereignty or administration,—and a mandate involves, necessarily, a territorial right of administration, without which it could not be operated.

(ix) The “Legal consequences for States” of the foregoing conclusions are that the Mandate was not validly revoked by United Nations action in 1966 or thereafter, and still subsists;—that the Mandatory is still subject to all the obligations of the Mandate, whatever these may be and has no right to annex the mandated territory or otherwise unilaterally alter its status;—but that nor has the United Nations,—and that its member States are bound to recognize and respect this position unless and until it is changed by lawful means.

* * *

In Part II of this opinion, which comes next, the reasoning in support of these conclusions is distributed in the following way: as to conclusions (i) and (ii), in Section A, paragraphs 11-64; as to conclusion (iii), in, Section B, paragraphs 65-89; as to conclusions (iv)-(viii), in Section C, paragraphs 90-116; and as to conclusion (ix), in Section D, paragraphs 117-124. The postscriptum (paragraph 125) follows. The Annex is separately paragraphed and footnoted.

tueuse de l'Assemblée. Le Conseil de sécurité n'avait pas non plus le pouvoir de révoquer le Mandat.

vii) Le Conseil de sécurité ne peut pas, sous le couvert du maintien de la paix, aboutir valablement à un résultat dont le caractère véritable consisterait à exercer les fonctions de surveillance à l'égard des mandats.

viii) Même si le Conseil de sécurité agit véritablement pour préserver ou rétablir la paix ou la sécurité, il n'a pas, dans ce domaine, compétence pour opérer des changements définitifs et permanents de droits territoriaux, qu'il s'agisse de souveraineté ou d'administration; or un mandat comporte nécessairement un droit territorial d'administration, sans lequel il ne pourrait être géré.

ix) Les « conséquences juridiques pour les Etats » des conclusions qui précèdent sont:

— que le Mandat n'a pas été révoqué valablement à l'initiative des Nations Unies en 1966 ou ultérieurement et qu'il subsiste encore;

— que le Mandataire reste tenu de remplir toutes les obligations du Mandat, quelles qu'elles puissent être, qu'il n'a le droit ni d'annexer le territoire sous Mandat ni d'en modifier le statut de toute autre manière;

— mais que l'Organisation des Nations Unies n'a pas ce droit non plus et que ses Etats Membres sont tenus de reconnaître et de respecter cette situation tant qu'elle n'aura pas été modifiée par des voies légales.

* * *

Dans la deuxième partie de la présente opinion, qui va suivre, l'argumentation sur laquelle ces conclusions s'appuient se répartira ainsi: sur les conclusions i) et ii), section A, paragraphes 11-64; sur la conclusion iii), section B, paragraphes 65-89; sur les conclusions iv) à viii), section C, paragraphes 90-116; sur la conclusion ix), section D, paragraphes 117-124. Viendra ensuite le post-scriptum (par. 125). Les paragraphes et les notes de l'annexe sont numérotés à part.

PART II

SUBSTANCE

SECTION A

THE UNITED NATIONS NEVER BECAME INVESTED WITH ANY
SUPERVISORY FUNCTION IN RESPECT OF MANDATES AS SUCH*1. Absence of any legal successorship as between the United
Nations and the League of Nations*

11. There being no general rule of international law which would involve a process of automatic successorship on the part of such an entity as the United Nations to the functions and activities of a former entity such as the League of Nations, there are only three ways in which the United Nations could, upon the dissolution of the League, have become invested with the latter's powers in respect of mandates as such: namely, (a) if specific arrangement to that effect had been made,—(b) if such a succession must be implied in some way,—or (c) if the mandatory concerned—in this case South Africa—could be shown to have consented to what would in effect have been a *novation* of the reporting obligation, in the sense of agreeing to accept the supervision of, and to be accountable to, a new and different entity, the United Nations, or some particular organ of it.

12. It is my view that the United Nations did not in any of these three ways become clothed with the mantle of the League in respect of mandates;—but as regards the first of them, it is necessary to make it clear at the outset that the matter went far beyond the field of mandates. There was in fact a deliberate, *general*, politically and psychologically motivated, rejection of any legal or political continuity at all between the United Nations and the League (see paragraphs 35 and 36 below). Since mandates were regarded as one of the League's political activities, this raises a presumption that there was not any takeover by the United Nations of the League mandates system *as such*,—a view fully borne out by the creation of the parallel United Nations trusteeship system, and the fact that the mandatories were invited to convert their mandates into trusteeships, though without obligation to do so. These matters will however more conveniently be considered later, in their historical context;—and the same applies to the question of whether South Africa, as Mandatory, ever consented to the transfer to the United Nations of obligations which,

DEUXIÈME PARTIE

FOND

SECTION A

L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES N'A JAMAIS ÉTÉ INVESTIE D'AUCUNE FONCTION DE SURVEILLANCE CONCERNANT LES MANDATS EN TANT QUE TELS

1. Absence de toute succession juridique de l'Organisation des Nations Unies à la Société des Nations

11. En l'absence d'une règle générale de droit international qui ferait intervenir un processus de succession automatique d'une entité comme l'Organisation des Nations Unies aux fonctions et activités d'une entité disparue comme la Société des Nations, il n'y a que trois moyens par lesquels l'ONU aurait pu, à la dissolution de la SdN, être investie des pouvoirs de cette dernière touchant les mandats en tant que tels : *a*) si des dispositions avaient été prises spécialement à cet effet; *b*) s'il y avait eu d'une façon ou d'une autre succession implicite; *c*) si l'on pouvait établir que le Mandataire, en l'occurrence l'Afrique du Sud, avait consenti à ce qui aurait été une véritable *novation* quant à l'obligation de faire rapport, en acceptant la surveillance d'une entité nouvelle et différente (l'ONU ou l'un de ses organes) et l'obligation de lui rendre compte.

12. A mon avis, l'ONU n'a accédé par aucun de ces trois moyens au rôle de la SdN en matière de mandats; mais, en ce qui concerne le premier, il faut préciser d'emblée que la question dépasse de beaucoup celle des mandats. Il y a eu en fait un refus délibéré et *général*, motivé par des raisons politiques et psychologiques, de consentir à quelque continuité juridique ou politique que ce soit entre l'ONU et la SdN (voir par. 35 et 36 ci-après). Etant donné que les mandats étaient considérés comme faisant partie des activités politiques de la SdN, il faut présumer qu'il n'y a pas eu de prise en charge par l'ONU du système des mandats *en tant que tel*, comme en témoignent amplement la création du régime parallèle de la tutelle des Nations Unies et le fait que les mandataires ont été invités, mais non obligés, à convertir leurs mandats en tutelles. Il sera cependant plus commode d'examiner ces questions par la suite, en les replaçant dans leur perspective historique, de même que le point de savoir si l'Afrique du Sud, en tant que Mandataire, a jamais consenti à ce que soient transférées à l'ONU les obligations lui incombant, à la date d'entrée en vigueur de la

at the date of the entry into force of the Charter, were owed to the League *which was then still in existence*, and remained so for some time after.

13. Meanwhile I turn to the second of the three possibilities mentioned in the preceding paragraph,—namely that there was an *implied* succession by the United Nations to League functions in respect of mandates, and correspondingly an *implied* transfer to the United Nations of the obligations owed by the Mandatory to the League. It is easy to assume that because the United Nations had certain resemblances to the League and might have been regarded as its “natural” successor, therefore it was the legal successor;—but this was not the case. It is no less easy to assume, as the Opinion of the Court clearly does—virtually without arguing the point—that if, and because, the various mandates survived the dissolution of the League, *therefore* the United Nations must necessarily and *ipso facto* have become entitled to exercise a supervisory role in respect of them, although they were a League, not a United Nations institution, and are mentioned in the Charter only as territories that can, but do not have to be, placed under United Nations trusteeship. The fallacy in this kind of reasoning—or rather, presupposition, is evident. Even the argument that only the United Nations *could* play such a part is, as will be seen, erroneous.

2. *No automatic or implied succession*

(i) *Origin and nature of the supervisory function*

14. The Council of the League of Nations (of which three of the principal mandatories were permanent members) was never itself in terms invested *eo nomine* with what has become known as the supervisory function relative to the conduct of the various mandates⁶. The very term “supervisory” is moreover misleading in the light of the League voting rule of unanimity including the vote of the member State affected,—that is to say, when mandates were in question, the mandatory. The so-called supervisory function was in reality predicated upon and derived from the obligation of the mandatories^{6a} to furnish an annual report to the Coun-

⁶, ^{6a}, ^{6b} The plural, or the indefinite article, and small letter “m” is used in the present opinion whenever the context does not require the sense to be confined to the Mandate for SW. Africa or South Africa as Mandatory. Failure to do this must result in a distortion of perspective;—for, subject to the differences between “A”, “B” and “C” mandates, as adumbrated in paragraphs 4, 5 and 6 of Article 22 of the League Covenant, and as resulting from the texts of the various categories of mandates, the position in most of the connections with which this case is concerned was the same for all the mandates and mandatories—not peculiar to SW. Africa. In particular, none of the mandates conferred any specific supervisory function on the League Council, and none went further in this respect than to include the reporting obligation in substantially the same terms.

Charte, envers la SdN, *qui existait encore* à l'époque et devait d'ailleurs survivre quelque temps.

13. En attendant, j'en viens à la deuxième des trois possibilités évoquées au paragraphe qui précède: celle d'une transmission *implicite* à l'ONU des fonctions de la SdN en matière de mandats et, en conséquence, d'un transfert *implicite* à l'ONU des obligations que le Mandataire avait auparavant envers la SdN. Il est facile de supposer que, puisque l'ONU présentait certaines ressemblances avec la SdN et pouvait être considérée comme son successeur « naturel », elle en était aussi le successeur juridique; or il n'en a pas été ainsi. Il n'est pas moins facile de supposer, comme la Cour le fait à l'évidence dans son avis, pratiquement sans examen, que, si — et parce que — les divers mandats ont survécu à la Société des Nations, *il s'ensuit* que l'ONU doit nécessairement et *ipso facto* avoir acquis le droit d'exercer un rôle de surveillance sur les mandats, bien que ces derniers aient constitué une institution de la SdN et non pas de l'ONU et qu'ils ne soient mentionnés dans la Charte que comme des territoires susceptibles (mais sans idée d'obligation) d'être placés sous la tutelle de l'ONU. Le caractère spécieux de ce raisonnement, ou plutôt de cette présupposition, est évident. Même l'argument selon lequel l'ONU était seule *capable* de jouer ce rôle est, comme on le verra, erroné.

2. Absence de succession automatique ou implicite

i) Origine et nature de la fonction de surveillance

14. Le Conseil de la Société des Nations (dont trois des principaux mandataires étaient membres permanents) n'a jamais été lui-même expressément investi *eo nomine* de ce que l'on a appelé la fonction de surveillance relative à la gestion des divers mandats⁶. En outre, l'expression même de *surveillance* peut induire en erreur vu qu'aux votes de la SdN s'appliquait la règle de l'unanimité, y compris le suffrage de l'Etat Membre intéressé (c'est-à-dire, lorsque les mandats étaient en cause, celui du mandataire). En réalité, la fonction dite de surveillance procédait de l'obligation pour les mandataires^{6a}, de présenter un rapport annuel au

⁶, ^{6a}, ^{6b} Le pluriel ou l'article indéfini et le *m* minuscule sont utilisés dans la présente opinion chaque fois que, d'après le contexte, il ne s'agit pas uniquement du Mandat pour le Sud-Ouest africain ou de l'Afrique du Sud en tant que Mandataire, faute de quoi on risquerait de fausser la perspective; en effet, sous réserve des différences entre mandats A, B et C telles qu'elles sont indiquées sommairement à l'article 22, paragraphes 4, 5, et 6 du Pacte de la SdN et telles qu'elles résultent du texte des diverses catégories de mandats, la situation sous la plupart des angles qui intéressent la présente affaire était la même pour tous les mandats et pour tous les mandataires et n'était pas spéciale au Sud-Ouest africain. En particulier, aucun des mandats ne conférait de fonction de surveillance spécifique au Conseil de la SdN, et tous, à cet égard, se bornaient à stipuler l'obligation de faire rapport dans des termes à peu près équivalents.

cil, through the then Permanent Mandate Commission,—as a sort of inference, corollary or counterpart of that obligation. It was in that way and no other that what has been called the accountability of the mandatories arose. This point, which is of primary importance when it comes to determining what was the real nature of the supervisory function as exercisable by the League Council, and whether it included the power to revoke a mandatory's ^{6b} mandate, is developed in full in Section B below. Its relevance here is that it was this reporting obligation, and such "accountability" as an obligation of that order may imply ⁷, that gave rise to the *specific* function of supervision, not vice versa;—and what is incontestably clear is that the whole question of who, or what entity, was entitled to supervise, was bound up with and depended on the prior question of who, or what entity, mandatories were obliged to report to and, to that extent, become accountable to (but accountability did not in any event—see footnote 7—imply *control*).

(ii) *Distinction between the reporting obligation in se and the question of what entity can claim performance of it*

15. It follows that in order to determine what entity, if any, became invested with the supervisory function after the disappearance of the League and its Council, it is necessary to ascertain what entity, if any, the mandatories then became obliged to report to, if they continued to be subject *as* mandatories to the reporting obligation at all—(see footnote 5, paragraph 10 above). More specifically, in the context of the present case, in order to answer the question whether the *United Nations*, in particular, became invested with any supervisory function, it will be necessary to determine whether, in respect of any mandated territory not placed under the United Nations trusteeship system, the mandatory concerned became obliged to report to some organ of the United Nations (and notably to its General Assembly, found by the Court in its 1950 Opinion to be the most appropriate such organ for the purpose). The underlying issue is whether the United Nations could claim not merely *a* right to be reported to, but an *exclusive* right, in the sense that the obligation arose in relation to it and it alone, and no other entity. In different terms: *first*,

⁷ As will be seen later, reporting in the context of mandates had none of the implications that are involved when, for instance, it is said that "X" reports to "Y" (a superior), which implies that "X" takes his *orders* from "Y". This was not the position as between the League Council and the mandatories, any more than it is as between the competent organs of the United Nations and member States administering trust territories (see below, paragraphs 77 and 104, and also footnote 66, paragraphs (b) and (c)).

Conseil, par l'intermédiaire de la Commission permanente des mandats, en quelque sorte comme conséquence, corollaire ou contrepartie de cette obligation. C'est de cette façon et d'aucune autre qu'a pris naissance ce qu'on a appelé l'obligation des mandataires de rendre compte. Ce point, qui a une importance primordiale quand il s'agit d'évaluer la nature réelle de la fonction de surveillance telle qu'elle pouvait être exercée par le Conseil de la SdN et de décider si elle comportait le pouvoir de révoquer le mandat d'un mandataire^{6b}, est développé dans la section B ci-après. Ce qui importe ici, c'est que ce sont l'obligation de faire rapport et le devoir de rendre compte qu'une obligation de cet ordre peut impliquer⁷ qui ont donné naissance à la fonction *spécifique* de surveillance, et non le contraire; et, incontestablement, la question de savoir qui ou quelle entité était habilitée à surveiller se rattache et est surbordonnée à la question préalable suivante: à qui ou à quelle entité les mandataires avaient-ils l'obligation de faire rapport et, par voie de conséquence, de rendre compte (bien que de toute façon l'obligation de rendre compte n'impliquât pas un *contrôle* — voir note 7).

ii) *Distinction entre l'obligation de faire rapport proprement dite et la question de savoir quelle entité peut en exiger l'exécution*

15. Il s'ensuit que, pour déterminer quelle entité a été investie, le cas échéant, de la fonction de surveillance après la disparition de la SdN et de son Conseil, il faut déterminer à quelle entité les mandataires sont alors éventuellement devenus obligés de faire rapport, à supposer qu'ils aient continué à être soumis *en tant que* mandataires à une obligation quelconque de faire rapport (voir par. 10, note 5). Plus précisément, pour répondre en l'espèce à la question de savoir si l'ONU en particulier a été investie d'une fonction de surveillance, il est nécessaire d'établir si, pour tout territoire sous mandat non placé sous le régime de tutelle des Nations Unies, le mandataire avait désormais l'obligation de faire rapport à un organe de l'ONU, et notamment à l'Assemblée générale que la Cour a jugé dans son avis de 1950 être l'organe le plus approprié à cet égard. Le problème sous-jacent est de savoir si l'ONU pourrait revendiquer non pas simplement un droit de regard mais un droit *exclusif*, en ce sens que l'obligation lui serait due à elle et à elle seule, à l'exclusion de toute autre entité. Autrement dit: *Primo*, en supposant, comme on l'admet générale-

⁷ Comme on le verra par la suite, l'obligation de faire rapport n'a dans le contexte des mandats aucune des implications que peut avoir, par exemple, le fait de dire que X... fait rapport à son supérieur Y..., ce qui suppose que X... reçoit ses instructions de Y... Ce n'est pas ce genre de relation qui existait entre le Conseil de la SdN et les mandataires, pas plus qu'entre les organes compétents de l'ONU et les Etats Membres qui administrent des territoires sous tutelle (voir par. 77 et 104 ci-après, ainsi que note 66, par. b et c).

given, as is generally accepted⁸, that the various mandates survived the dissolution of the League, then did the reporting obligation, the situation of accountability considered in the abstract so to speak, equally survive that dissolution as part of the concept of mandates;—and *secondly*, if so, did it survive in the form of, or become converted into, an obligation to report, to be accountable not just to *some* organ, but to that particular organ which was and is the Assembly of the United Nations?

(iii) *The reporting obligation, if it survived, was capable of implementation otherwise than by reporting to a United Nations organ*

16. It is of course evident that if a reporting obligation survived the dissolution of the League, the furnishing of reports to an organ of the United Nations, in particular the General Assembly, was not the only possible way in which that obligation could be discharged; nor was a United Nations organ, specifically as such, in any way indispensable as a recipient, and commentator on or critic of such reports. There were at the time, and there are now, several international bodies in existence, much more comparable in character to the League Council, or at least to the former Permanent Mandates Commission, than the United Nations Assembly, to which any mandatory preferring that course could have arranged to report, and with which it could have carried on the sort of dialogue that was carried on with the League organs;—*and here it is of primary importance to bear in mind that the absence of any compulsory powers vested in such a body would have had no bearing on the situation, since neither the League Council nor the Assembly of the United Nations had any such powers in this matter*⁹. Alternatively, if no appropriate body could be found willing to act, it would have been open to any mandatory, perhaps acting in conjunction with others, to set one up,

⁸ So far as this aspect of the subject is concerned, the South African contention that the Mandate is at an end is both conditioned and indirect. It is maintained on the one hand that the reporting obligation lapsed in its entirety on the dissolution of the League because it then became impossible to perform it according to its actual terms,—but also that it was not an essential part of the Mandate which could continue without it. At the same time it is maintained that if the obligation is non-severable—if it is an essential part of the Mandate—then its lapse entails the lapse of the Mandate as a whole. These are alternative positions and there is no contradiction between them as the Opinion of the Court seeks to claim.

⁹ This point, which goes to the root of much of the case, is more fully developed in Section B below. According to League procedure the Council's decisions were not binding on the mandatory concerned unless the latter concurred in them, at least tacitly; while the resolutions of the United Nations Assembly—except in certain specific cases not material in this context—only have the status of recommendations and have no binding effect except, at most (and even that is open to argument) for those who have affirmatively voted in favour of them.

ment⁸, que les divers mandats ont survécu à la dissolution de la SdN, est-ce que l'obligation de faire rapport, c'est-à-dire la situation de responsabilité considérée en quelque sorte dans l'abstrait, a survécu elle aussi en tant qu'élément du mandat? *Secundo*, dans ces conditions, cette obligation a-t-elle survécu sous la forme d'une obligation de faire rapport et de rendre compte ou s'est-elle transformée en une telle obligation non pas simplement à l'égard d'un organe *quelconque*, mais de l'organe particulier qu'était et qu'est demeurée l'Assemblée générale de l'ONU?

iii) *L'obligation de faire rapport, si elle a survécu, pouvait être remplie autrement qu'en faisant rapport à un organe de l'ONU*

16. Il est évident que, si l'obligation de faire rapport a survécu à la SdN, la présentation de rapports à un organe de l'ONU, en particulier à l'Assemblée générale, n'était pas le seul moyen possible de s'acquitter de cette obligation; un organe de l'ONU, en tant que tel, n'était d'ailleurs nullement indispensable comme destinataire, commentateur ou critique de ces rapports. Il existait à l'époque et il existe encore aujourd'hui plusieurs organes internationaux qui sont par nature beaucoup plus proches du Conseil de la SdN, ou tout au moins de l'ancienne Commission permanente des mandats, que ne l'est l'Assemblée générale et auxquels tout mandataire aurait pu s'arranger pour faire rapport s'il l'avait préféré, en entretenant avec eux le type de dialogue qui s'était instauré avec les organes de la SdN. *Il est essentiel de rappeler ici que l'absence de tout pouvoir coercitif confié à un tel organe n'aurait eu aucune incidence sur la situation, car ni le Conseil de la SdN ni l'Assemblée générale des Nations Unies n'avait un tel pouvoir en la matière*⁹. Ou bien, si l'on n'avait pu trouver aucun organe approprié disposé à jouer ce rôle, tout mandataire aurait eu la faculté, en agissant éventuellement de concert avec d'autres, d'en créer un, à l'égard de qui les engagements nécessaires eussent été pris,

⁸ En ce qui concerne cet aspect de l'affaire, l'argument de l'Afrique du Sud selon lequel le Mandat est terminé est à la fois indirect et soumis à certaines conditions. L'Afrique du Sud soutient d'une part que l'obligation de faire rapport s'est éteinte entièrement à la dissolution de la SdN parce qu'il est alors devenu impossible de s'en acquitter de la manière stipulée, mais aussi que ce n'était pas un élément essentiel du Mandat qui pouvait subsister en dehors de celui-ci. En même temps, elle affirme que si l'obligation n'est pas séparable du Mandat lui-même, et en constitue un aspect essentiel, alors son extinction entraîne l'extinction du Mandat tout entier. Ce sont là les deux branches d'une alternative et il n'y a pas contradiction entre elles, comme l'avis de la Cour tendrait à le faire croire.

⁹ Cet argument, qui va à la racine même d'une grande partie de l'affaire, est développé plus longuement dans la section B ci-après. D'après la procédure de la SdN, les décisions du Conseil n'étaient pas obligatoires pour le mandataire, à moins qu'il n'y consentit, au moins tacitement; quant aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, sauf dans certains cas particuliers qui sont sans intérêt ici, elles n'ont que le caractère de recommandations dépourvues d'effet obligatoire sauf, à la rigueur, et encore pourrait-on en discuter, pour les Etats qui ont voté en faveur de ces résolutions.

to which the necessary reporting undertakings would be given,—the ensuing reports, and comments thereon, being made public ¹⁰.

- (iv) *There was no survival of the reporting obligation in the form of an automatic obligation to report to a United Nations organ—Basic differences between the League Council and the United Nations Assembly as a supervisory body*

17. For present purposes it is unnecessary to express any final view as to whether the reporting obligation did or did not, in the abstract, or as a concept, survive the dissolution of the League, because in any event I do not consider that it survived in the form of an automatic self-operating obligation to report to and accept the supervision, specifically, of the United Nations, and in particular of its General Assembly. *The unconscious assumption* (or has it been deliberate?) which has dogged the SW. Africa question for so many years, *that it was all the same thing for a mandatory whether it reported to the League Council or to the United Nations Assembly*, so why should it not do so, *is of course quite illusory, because the character of the supervisory organ affects the character and weight of the obligation*. Taking this view does not necessarily mean accepting the South African contention that the reporting obligation was so intimately bound up with the character of the entity to be reported to that, upon the extinction of that entity, it must lapse entirely ¹¹. But I do accept the view that in no circumstances could an obligation to report to and accept supervision at the hands of one organ—the League Council—become converted automatically and *ipso facto*, and without the consent of the mandatory (indeed against its will), into an obligation relative to another organ, very differently composed, huge in numbers compared with the League Council, functioning differently, by different methods and procedures, on the basis of a different voting rule, and

¹⁰ In fact, none of the mandatories did this,—*nor did any of them report to the United Nations*,—but, apart from South Africa, they did eventually convert their mandates into trusteeships.

¹¹ See further as to this in Section D below, paragraphs 119-120. The matter turns on:

- (i) whether, as the Court found in 1950 (*I.C.J. Reports 1950*, pp. 136-137), the reporting obligation, in so far as it implied supervision, was so important a part of a mandate that if the latter survived, the former must too,—or whether, as Judge Read thought (*ibid.*, p. 165), the absence of reporting, etc., might “weaken the mandate” but not otherwise affect it;
- (ii) the effect, if the situation is a contractual or quasi-contractual one, of the extinction of one of the parties,—in this case of the League of Nations; and
- (iii) if the situation is not of that kind, the legal status of a provision that can no longer be carried out according to its actual terms but can perhaps be implemented in some equivalent way.

les rapports ultérieurs et les commentaires à ces rapports étant rendus publics¹⁰.

- iv) *Il n'y a pas eu survivance de l'obligation de faire rapport sous forme d'obligation automatique envers un organe de l'ONU. Différences fondamentales entre le Conseil de la SdN et l'Assemblée générale des Nations Unies en tant qu'organes de surveillance*

17. Aux fins du présent raisonnement, il n'est pas nécessaire d'exprimer une opinion définitive sur le point de savoir si l'obligation de faire rapport a ou n'a pas, dans l'abstrait ou en théorie, survécu à la dissolution de la SdN, car de toute façon je n'estime pas qu'elle ait survécu sous forme d'une obligation automatique et fonctionnant par elle-même de faire rapport spécifiquement à l'ONU, notamment à l'Assemblée générale, et d'en accepter la surveillance. *L'hypothèse formulée inconsciemment (ou délibérément?) qui a obéré la question du Sud-Ouest africain pendant tant d'années et selon laquelle il n'y avait aucune différence pour le Mandataire entre faire rapport au Conseil de la SdN ou à l'Assemblée générale des Nations Unies (ce qui permettait de demander pourquoi on ne ferait pas rapport à cette dernière) est bien entendu tout à fait illusoire, car la nature de l'organe de surveillance affecte la nature et le poids de l'obligation.* Etre de cet avis ne signifie pas nécessairement qu'on accepte l'argument de l'Afrique du Sud selon lequel l'obligation de faire rapport était si intimement liée à la nature de l'entité envers qui cette obligation existait que, cette dernière disparue, elle devait s'éteindre entièrement¹¹. En revanche j'admets qu'en aucun cas l'obligation de faire rapport à un organe, le Conseil de la SdN, et d'accepter sa surveillance ne pouvait être transformée automatiquement et *ipso facto* sans le consentement du mandataire (et même contre sa volonté) en une obligation envers un autre organe ayant par rapport au Conseil de la SdN une composition

¹⁰ En pratique, aucun des mandataires ne l'a fait et *aucun d'entre eux n'a fait rapport à l'ONU*; en revanche ils ont tous, à l'exception de l'Afrique du Sud, transformé finalement leurs mandats en tutelles.

¹¹ Pour plus de détails sur cette question, voir section D ci-après, par. 119-120. La question est axée sur :

- i) le point de savoir si, comme la Cour l'a jugé en 1950 (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 136-137), l'obligation de faire rapport, dans la mesure où elle implique une surveillance, tient une si grande place dans un mandat que, si ce dernier survit, l'obligation survit aussi nécessairement, ou si, comme M. Read l'a estimé (*ibid.*, p. 165), l'absence de présentation de rapports, etc., pouvait « affaiblir le Mandat » mais sans l'affecter autrement;
- ii) l'effet, s'il s'agit d'une situation contractuelle ou quasi contractuelle, de la disparition d'une des parties, en l'occurrence la SdN;
- iii) dans une situation non contractuelle, le statut juridique d'une disposition qui ne peut plus être exécutée conformément aux termes mêmes dans lesquels elle est libellée, mais que l'on pourrait peut-être appliquer par un moyen équivalent.

against the background of a totally different climate of opinion, philosophy and aim, unsympathetic by nature to the mandatory¹². Indeed the very fact that the supervision of a *mandate* would have become exercisable by an organ which disapproved in principle of mandates that remained mandates, and held it from the start almost as an article of faith (this will be reverted to later, for it is a cardinal point) that all mandated territories should be placed under its own trusteeship system,—and whose primary aim moreover, in all its dealings whether with trust territories, mandated territories, or non-self-governing territories under Article 73 of the Charter, was to call into existence as speedily as possible a series of new

¹² The following table makes this clear:

I. International Organization:—	League of Nations.	United Nations.
II. Report receiving or supervisory body:—	League Council.	General Assembly.
III. Numbers of same:—	Small (varied through 9-11-13) and included the then permanent members of which three were mandatories.	Potentially unlimited. 50/60 even in 1946—now 130-140 and still growing.
IV. Voting rule:—	Unanimity, including vote of Mandatory.	Two-thirds majority; sometimes possibly a bare majority.
V. Advisory sub-organ:—	Permanent Mandates Commission.	Trusteeship Council; Committee of the Assembly; or “subsidiary organ” set up under Art. 22 of the Charter.
VI. Composition of sub-organ:—	Experts acting in their personal capacity, not as representatives of governments.	Representatives of governments.
VII. Attitude and approach of supervisory body:—	Sympathetic to the mandatories—not over-political.	Unsympathetic to mandatories,—highly political.
VIII. Aim:—	Good administration of the mandated territory.	Earliest possible bringing about of the independence of the territory.

très différente et un effectif beaucoup plus nombreux et fonctionnant différemment, suivant des méthodes, des procédures et des règles de vote différentes et dans le contexte d'opinions, de doctrines et d'objectifs totalement différents et par nature défavorables au mandataire¹². En vérité, le fait même que la surveillance d'un *mandat* aurait été dévolue à un organe désapprouvant en principe que des mandats restent des mandats, estimant dès l'abord, presque comme s'il s'était agi d'un article de foi (j'y reviendrai par la suite car c'est un point capital), que tous les territoires sous mandat devaient être placés sous son propre régime de tutelle et ayant pour objectif principal dans toutes ses opéra-

¹² Le tableau suivant permettra de voir clairement ces différences :

I. Organisation internationale	Société des Nations	Organisation des Nations Unies
II. Organe saisi des rapports ou organe de surveillance	Conseil de la SdN	Assemblée générale
III. Effectif	Peu nombreux (a varié de 9 à 13) et comprenant des membres permanents, dont trois mandataires	Potentiellement illimité. De 50 à 60 dès 1946, actuellement de 130 à 140 et toujours croissant
IV. Règle de vote	Unanimité, y compris le suffrage du mandataire	Majorité des deux tiers; parfois majorité simple
V. Organe consultatif subsidiaire	Commission permanente des mandats	Conseil de tutelle; commission de l'Assemblée générale ou « organe subsidiaire » créé en vertu de l'article 22 de la Charte
VI. Composition de l'organe subsidiaire	Experts agissant à titre personnel et non en tant que représentants de leur gouvernement	Représentants des gouvernements
VII. Attitude et façon de voir de l'organe de surveillance	Favorable aux mandataires — non exagérément politisée	Défavorable aux mandataires — très politisée
VIII. Objectif	Bonne administration du territoire sous mandat	Accession du territoire à l'indépendance le plus vite possible

sovereign independent States;—all this alone would have been sufficient to create, and perpetuate, a permanent state of tension between the United Nations Assembly as a supervisory organ and any mandatory held accountable to it. None of this existed under the régime of the League.

18. Exactly the same considerations apply to any Committee or sub-Committee of the Assembly which might be set up to deal with mandates, and which, however it might be dressed up to look like the former League Council or Permanent Mandates Commission (see the proposal made in Assembly resolution 449 (V) of 13 December 1950) would remain fully under the Assembly's control, and reflect its tendencies and aims. Indeed this has been only too self-evidently the case as regards those Committees that have been (at later stages) set up with reference to the SW. Africa question.

(v) *Conclusion as to implied succession*

19. For these reasons it seems to me to be juridically impossible to postulate such a metamorphosis as taking place automatically or unless by consent. *To do so would not merely be to change the identity of the organ entitled to supervise the implementation of the obligation but, by reason of this change, to change also the nature of the obligation itself.* Given the different character and methods of that organ, it would be to create a new and more onerous obligation (it is of course, *inter alia*, precisely because of the possibility of this, that novations require consent). I must therefore hold that no such transformation ever took place of itself so that, if consent was lacking, the United Nations never became invested with any supervisory function at all. This view will now be developed, first by way of answer to various counter-arguments that have been or may be advanced,—secondly on the basis of certain positive and concrete considerations which have never been given their true weight, but are to my mind decisive.

3. *Counter-contentions as to implied succession*

(a) *The Advisory Opinion of the Court of 11 July 1950*

20. In the 1950 advisory proceedings there was a striking, though quite differently orientated parallelism between the South African arguments on this matter and the views expressed by the Court, due to a mutual but divergently directed confusion or telescoping of the two separate questions already noticed, of the survival of the reporting obligation as such,

tions, qu'il s'agisse de territoires sous tutelle, de territoires sous mandat ou des territoires non autonomes visés à l'article 73 de la Charte, de faire naître le plus rapidement possible une série de nouveaux Etats souverains et indépendants — ce fait même aurait suffi à créer et à perpétuer un état permanent de tension entre l'Assemblée générale des Nations Unies en tant qu'organe de surveillance et tout mandataire tenu de lui rendre compte. Il n'en allait pas du tout ainsi sous le régime de la Société des Nations.

18. Les mêmes considérations exactement valent pour tout comité ou sous-comité de l'Assemblée générale qui pouvait être créé pour s'occuper des mandats et qui, quelque tournure qu'on lui donnât pour qu'il ressemble au Conseil ou à la Commission permanente des mandats de la SdN (voir la proposition faite par l'Assemblée générale dans sa résolution 449 (V) du 13 décembre 1950), devait rester entièrement sous la coupe de l'Assemblée générale et reflétait ses tendances et ses buts. Cela a d'ailleurs été une évidence criante dans le cas des comités qui ont été ultérieurement créés pour s'occuper du Sud-Ouest africain.

v) *Conclusions quant à l'idée
d'une succession implicite*

19. Pour tous ces motifs, il me semble juridiquement impossible de postuler que la métamorphose s'est produite automatiquement et à défaut de consentement. *Le faire serait non seulement changer l'identité de l'organe habilité à surveiller l'exécution de l'obligation mais, en raison même de ce changement, changer la nature de l'obligation elle aussi.* Etant donné la différence de nature et de méthodes de cet organe, ce serait créer une obligation nouvelle et plus lourde. Bien entendu, c'est, entre autres, à cause de cette possibilité même qu'il ne saurait y avoir de novation sans que les intéressés y consentent. Je dois donc considérer qu'aucun changement de ce genre ne s'est produit spontanément et que par conséquent, faute de consentement, l'ONU n'a jamais été investie d'aucune fonction de surveillance quelle qu'elle fût. Je vais maintenant développer cet argument, d'abord pour répondre à plusieurs objections qui ont été ou qui pourraient être avancées et ensuite pour tenir compte de certaines considérations positives et concrètes auxquelles on n'a jamais donné leur poids véritable mais qui me paraissent décisives.

3. *Arguments contraires concernant la thèse de la
succession implicite*

a) *Avis consultatif de la Cour du 11 juillet 1950*

20. Lors de la procédure consultative de 1950, entre l'argumentation sud-africaine sur la question et les vues exprimées par la Cour, le parallélisme a été frappant mais l'orientation entièrement différente. Il en a été ainsi à cause d'une confusion ou d'un télescopage, commis de part et d'autre mais en sens différent, des deux questions distinctes déjà

and the form of its survival, if survival there was. Contending that this obligation had never been contemplated except as an obligation relative to the Council of the League, and could not therefore, upon the dissolution of the latter and the establishment of the United Nations, become automatically transformed into an obligation owed to that Organization, South Africa argued that *because* this was so, therefore *all* obligations of accountability had disappeared. This deduction may have been natural, but clearly lacked logical rigour and necessity,—for the *obligation* as such could survive, even though becoming dormant for the time being.

21. The same process of ellipsis, though with quite another outcome, characterized the reasoning of the Court in 1950. Holding that the reporting obligation was an essential part of the mandates system, and must survive if the system itself survived, the Court went on to hold that *therefore* it survived as an obligation to report specifically to the Assembly of the United Nations. This last leg of the argument not only lacked all logical rigour and necessity but involved an obvious fallacy,—which was the reason for the dissenting views expressed by Judges Sir Arnold McNair (as he then was) and Read—dissenting views with which I agree. It obviously could not follow, as the Court in effect found, that *because* the United Nations happened to be there, so to speak, and, in the shape of the trusteeship system, had set up something rather similar to the mandates system, *therefore* not merely trusteeships but mandates also were subject to United Nations supervision. This again was a *non sequitur*¹³. It was tantamount to saying that although (as the Court found later in the same Opinion—*I.C.J. Reports 1950*, pp. 138-140) mandatories were not obliged to place their mandated territories under trusteeship, yet for all practical purposes they had to accept United Nations supervision just the same whether or not they had placed the territories under trusteeship. This does not make sense. The result was that in effect the Court cancelled out its own finding that trusteeship was not obligatory—and made it a case of “Heads I win: tails you lose”! It is not too much to say that the

¹³ The following passage from the Court’s Opinion (*I.C.J. Reports 1950*, p. 136) exhibits very graphically the telescoping of the (valid) premiss that accountability in principle had not necessarily disappeared with the League, with the (invalid) deduction that mandatories were thereby necessarily obliged to hold themselves accountable to the United Nations:

“It cannot be admitted that the obligation to submit to supervision had disappeared merely because the supervisory organ has ceased to exist, when the United Nations has *another* [precisely!] international organ *performing similar, though not identical supervisory functions*”—(my italics).

The *non sequitur* is clearly apparent. The Court did not seem to see that the transition to a new and different party could not occur of itself or simply be *presumed* to have taken place;—and the present Opinion of the Court compounds the fallacy.

signalées: celle de la survivance de l'obligation de rendre compte en tant que telle et celle de la forme de cette survivance, si survivance il y avait. Partant du principe que l'obligation n'avait jamais été envisagée autrement que comme obligation envers le Conseil de la SdN et que par suite elle ne pouvait, lors de la dissolution de la SdN et de la création de l'ONU, être automatiquement transformée en obligation envers cette dernière, l'Afrique du Sud a fait valoir que, *parce qu'il en était ainsi*, il s'ensuivait que toute obligation de rendre compte avait disparu. Cette déduction pouvait être assez naturelle, mais elle manquait évidemment de rigueur et de nécessité logiques car l'*obligation* pouvait survivre en tant que telle tout en restant momentanément à l'état latent.

21. L'argumentation de la Cour en 1950, pareillement elliptique, débouchait dans une tout autre direction. Tenant pour assuré que l'obligation de faire rapport était une partie essentielle du système des mandats et devait survivre si le système lui-même survivait, la Cour en a déduit que *par suite* l'obligation survivait comme obligation de faire rapport spécifiquement à l'Assemblée générale des Nations Unies. Non seulement cette dernière partie de l'argumentation était dépourvue de rigueur et n'avait aucun caractère de nécessité, mais elle reposait sur une idée évidemment fautive, celle-là même qui motiva les opinions dissidentes — que j'approuve pour ma part — de sir Arnold McNair et de M. Read. Manifestement, ce n'était pas, comme la Cour l'a jugé en pratique, *parce que* les Nations Unies étaient en quelque sorte disponibles et avaient institué sous la forme du régime de tutelle quelque chose d'assez voisin du système des mandats, que non seulement les territoires sous tutelle mais encore les territoires sous mandat devaient *en conséquence* être soumis à la surveillance de l'ONU. Là non plus, il n'y avait pas d'enchaînement logique¹³. Cela revenait à dire que, même si (comme la Cour l'a constaté plus loin dans le même avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 138-140) les mandataires n'étaient pas tenus de placer sous le régime de tutelle leurs territoires sous mandat, ils devaient pourtant, qu'ils l'aient fait ou non, accepter de toute façon en pratique le contrôle de l'ONU — ce qui n'avait aucun sens. La Cour en arrivait

¹³ Le passage ci-après de l'avis consultatif (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 136) fait très clairement ressortir le télescopage entre, d'une part, la prémisse valable que l'obligation de rendre compte n'avait pas nécessairement disparu en principe avec la SdN et, d'autre part, la déduction fautive que les mandataires étaient de ce fait nécessairement obligés de rendre compte à l'ONU:

« On ne saurait admettre que l'obligation de se soumettre à surveillance aurait disparu pour la simple raison que cet organe de contrôle a cessé d'exister alors que les Nations Unies comptent un autre [un autre, assurément] organe international chargé de fonctions analogues encore que non identiques. » (Les italiques sont de nous.)

Le défaut de logique est évident. La Cour ne paraît pas avoir vu que le transfert à un organe nouveau et différent ne peut ni se faire de lui-même ni être présumé réalisé; et le présent avis consultatif de la Cour s'accommode de ce raisonnement fallacieux.

absence of any legal obligation to place mandated territories under trusteeship implied *a fortiori*, as a necessary deduction, the absence of any legal obligation to accept United Nations supervision in respect of mandates, or the one would be defeated by the other.

22. Clearly the existence of the United Nations, and its superficial resemblances to the League, had absolutely nothing to do in logic with the survival of the reporting obligation, except in so far as it provided a convenient (but not obligatory) method of discharging that obligation if it did survive. This was Judge Read's view in 1950. Having found that there had been no consent on the part of the Mandatory to the exercise of United Nations supervision, in the absence of which the only possible basis for such an obligation would be "succession by the United Nations", he continued (*I.C.J. Reports 1950*, p. 172):

"Such a succession could not be based upon the provisions of the Charter, because . . . no provisions of the Charter could legally affect an institution founded upon the Covenant or impair or extinguish [the] Legal rights and interests of those Members of the League which are not members of the United Nations¹⁴. It could not be based on implications or inferences drawn from the nature of the League and the United Nations *or from any similarity in the functions of the organizations*. Such a succession could not be implied, either in fact or in law, in the absence of consent, express or implied by the League, the United Nations and the Mandatory Power. There was no such consent"—(my italics).

(b) *Did the Charter imply accountability obligations for mandatories?*

(i) *In general*

23. The Charter makes no specific mention of mandated territories at all, except in the two Articles (77, and 80, paragraph 2) where it refers to them, along with other types of territories, as candidates for being placed under trusteeship but without creating any obligation in that regard. It says nothing at all either about supervision or accountability. The contention that the Charter is to be read as if in fact it did so, is therefore founded entirely on a process of implication,—a process sought to be

¹⁴ It was and is conveniently forgotten—though not by Judge Read—that at the time when the Charter came into force (October 1945), and until April 1946, the League was still in being.

ainsi à désavouer sa propre conclusion suivant laquelle la tutelle était facultative — et avait l'air de dire: « Pile, je gagne; face, vous perdez »! Il n'est pas exagéré d'affirmer que l'absence de toute obligation juridique de mettre sous tutelle les territoires sous mandat supposait à fortiori et comme conséquence nécessaire l'absence de toute obligation juridique d'accepter la surveillance des Nations Unies sur les mandats, sinon la deuxième proposition détruisait l'effet de la première.

22. Il est évident que l'existence de l'ONU et sa ressemblance superficielle avec la SdN n'ont en bonne logique rien à voir avec la survivance de l'obligation de faire rapport, sauf dans la mesure où elles fournissent un moyen commode, mais non obligatoire, de remplir cette obligation si elle a effectivement survécu. C'est ce qu'a dit M. Read en 1950. Ayant constaté qu'il n'y avait pas eu, de la part du Mandataire, consentement à l'exercice de la surveillance des Nations Unies et qu'en l'absence de ce consentement la seule base possible de l'obligation en cause aurait été « le fait pour les Nations Unies d'avoir succédé », il poursuivait (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 172):

« Cette succession ne saurait reposer sur les dispositions de la Charte, car ... aucune disposition de la Charte ne pourrait juridiquement affecter une institution fondée sur le Pacte ni porter atteinte ou mettre fin aux droits et intérêts des Membres de la Société des Nations qui ne sont pas membres des Nations Unies¹⁴. Elle ne pourrait reposer sur des références ou des déductions tirées de la nature de la Société des Nations et de celle des Nations Unies, ou d'une similitude quelconque dans les fonctions de ces organisations. En l'absence de consentement exprès ou tacite de la Société des Nations, des Nations Unies et de la Puissance mandataire cette succession ne saurait être déduite par implication, en fait ou en droit. Or, il n'y a pas eu de consentement de ce genre. » (Les italiques sont de nous.)

b) *La Charte implique-t-elle une obligation de rendre compte à la charge des mandataires?*

i) *En général*

23. La Charte ne mentionne pas spécifiquement les territoires sous mandat sauf dans les deux articles (77 et 80, par. 2) où elle y fait allusion, en même temps qu'à d'autres territoires, comme étant candidats au régime de tutelle mais sans créer d'obligation à cet égard. Sur la surveillance ou le devoir de rendre compte, pas un mot. La thèse selon laquelle il faut interpréter la Charte comme si elle traitait en fait de ces questions tient donc exclusivement à l'emploi du procédé qui consiste

¹⁴ On avait oublié et on continue commodément d'oublier — ce que n'avait pas fait M. Read — qu'à l'époque où la Charte est entrée en vigueur (octobre 1945) et et jusqu'en avril 1946 la Société des Nations existait toujours.

founded on two particular provisions, Articles 10, and 80, paragraph 1. These must now be considered.

(ii) *Article 10 of the Charter*

24. For Article 10 to suffice in itself, it would be necessary to find in it not only a competence conferred on the Assembly to exercise a supervisory role in respect of mandates, but also an obligation for mandatories to accept that supervision and be accountable to the Assembly. Since the Article makes no mention of mandates as such, the argument would have to be that the faculty given to the Assembly by that provision “to discuss [and ‘make recommendations . . . as to’] any questions or any matters within the scope of the present Charter”, not only invested the Assembly with a supervisory function in respect of mandates, but also obliged mandatories to *accept* the Assembly in that role and regard themselves as accountable to it. Quite apart from the fact that a faculty merely to “discuss . . . and . . . make [non-binding] recommendations” could not possibly extend to or include so drastic a power as a right unilaterally to revoke a mandate, it is evident that a *faculty* conferred on “A.” cannot, in and of itself—even in relation to the same subject-matter—automatically and *ipso facto* create an *obligation* for “B”¹⁵. The *non sequitur*—the absence of any *nexus* is apparent, and the gap cannot be bridged in the way the Court seeks to do (see footnote 16 below). Furthermore, since one of the basic questions at issue is, precisely, whether mandates *as such*—as opposed to trusteeships and mandated territories *placed under trusteeship*—*are* “within the scope of the Charter”, the whole argument founded on Article 10 of the Charter is essentially circular and question-begging.

25. Article 10 was, and is, a provision which, without in terms mentioning mandates, or indeed anything specific at all, ranges over the vast field implied by the words “any questions or any matters within the scope

¹⁵ For instance the setting up of an authority empowered to conduct and collect information in view of a census, does not of itself oblige the population to co-operate. Census laws, in addition to the obligation imposed on the census authority, impose a separate obligation on all members of the population to co-operate, with penalties for any default. Otherwise the latter obligation would not exist,—and the former would in consequence be vain.

¹⁶ As in 1950, the Court, while finding in Article 10 the competence of the Assembly to supervise, professes to find the obligation of the mandatory to be accountable to the Assembly (*a*) in Article 80 of the Charter, (*b*) in an alleged recognition of accountability to the United Nations, supposed to have been given by all the mandatories when they voted in favour of the final League of Nations resolution on mandates of 18 April 1946. As will be seen (paragraphs 26-32 and 54-55 below) such an obligation cannot be derived from either source.

à attribuer des conséquences implicites à deux dispositions, l'article 10 et l'article 80, paragraphe 1. Ce sont ces textes qu'il convient de considérer maintenant.

ii) *Article 10 de la Charte*

24. Pour que l'article 10 suffise par lui-même, il serait nécessaire d'y trouver non seulement l'attribution d'une compétence à l'Assemblée générale pour exercer un rôle de surveillance par rapport aux mandats, mais aussi une obligation pour les mandataires d'accepter cette surveillance et de rendre compte à l'Assemblée. Comme l'article ne mentionne pas les mandats nommément, il faudrait soutenir qu'en donnant à l'Assemblée générale la faculté de « discuter toutes questions ou affaires [et de « formuler sur ces questions ou affaires des recommandations »] rentrant dans le cadre de la présente Charte », non seulement il lui confie une fonction de surveillance à l'égard des mandats mais aussi il oblige les mandataires à *accepter* qu'elle tienne ce rôle et à se considérer comme devant lui rendre compte. Indépendamment du fait que la seule faculté de « discuter ... et de formuler des recommandations [non obligatoires] » ne saurait viser ou inclure un pouvoir aussi radical que celui de révoquer unilatéralement un mandat, il est évident qu'une *faculté* accordée à *A* ne peut pas en elle-même et par elle-même créer automatiquement et *ipso facto* une *obligation* pour *B*, même s'il s'agit d'un même ordre de question¹⁵. L'absence de lien logique est apparente et ce hiatus ne saurait être comblé comme la Cour cherche à le faire¹⁶. En outre, puisque l'une des questions essentielles qui se posent est précisément celle de savoir si les territoires sous mandat *en tant que tels* — à distinguer des territoires sous tutelle et des territoires précédemment sous mandat *placés sous tutelle* — entrent « dans le cadre de la présente Charte », toute l'argumentation fondée sur l'article 10 de la Charte tourne en rond et est essentiellement tautologique.

25. L'article 10 était et est encore une disposition qui, sans mentionner expressément les mandats ni d'ailleurs rien de spécifique, embrasse l'immense domaine qu'impliquent les mots « toutes questions ou affaires

¹⁵ Par exemple, la création d'un service chargé d'organiser des opérations de recensement et de rassembler des renseignements à cet effet n'oblige pas en soi la population à coopérer. Outre l'obligation qu'elles imposent au service du recensement, les lois prévoyant les recensements imposent une obligation distincte à toute la population, celle de coopérer, sous peine de sanctions. S'il en était autrement, cette dernière obligation n'existerait pas et la première serait par conséquent vaine.

¹⁶ Comme en 1950, croyant découvrir dans l'article 10 une compétence de l'Assemblée pour surveiller, la Cour professe que l'obligation de rendre compte à l'Assemblée dont le mandataire serait chargé découlerait *a)* de l'article 80 de la Charte, *b)* d'une prétendue acceptation du devoir de rendre compte aux Nations Unies que tous les mandataires seraient supposés avoir donnée en votant pour la résolution finale de la Société des Nations sur les mandats en date du 18 avril 1946. Ainsi qu'on le verra (par. 26-32 et 54-55 ci-après), l'obligation ne peut découler ni de l'une ni de l'autre de ces deux sources.

of the present Charter". This could cover almost anything¹⁷. Yet could it reasonably be contended that in relation to anything the Assembly might choose to discuss under this provision, and which could fairly be regarded as included in it, authorities and bodies in all member States of the United Nations thereby, and without anything more, would become obliged at the request of the Assembly to submit reports to it, and accept its supervision concerning their activities? The question has only to be put, for its absurdity to be manifest. Nothing short of express words in Article 10 could produce such an effect. Upon what juridical basis therefore, can an obligation to report and accept supervision in respect of mandates be predicated upon this provision? It was precisely this absence of logical necessity, or even connexion, that motivated Lord McNair's dissent in 1950. After saying that he could not find any legal ground upon which the former League Council could be regarded as being replaced by the United Nations for the purpose of being reported to and exercising supervision, which "would amount to imposing a new obligation¹⁸ upon the [mandatory] and would be a piece of judicial legislation", he continued (*I.C.J. Reports 1950*, p. 162):

"In saying this, I do not overlook the competence of the . . . Assembly . . . under Article 10 of the Charter, to discuss the Mandate . . . and to make recommendations concerning it, but that competence depends not on any theory of implied succession but upon the provisions of the Charter."

In other words, even if the provisions of the Charter might be sufficient to found the competence of the Assembly—even so, only to discuss and recommend—they must also be shown to establish the obligation of the mandatory, since no theory of implied succession could be prayed in aid¹⁹;—and in so far as it is sought to rely on the terms of Article 10 for

¹⁷ It suffices to look at the Preamble to the Charter, and Article 1 and the provisions of Chapters IX and X, in order to see how great the range is, even omitting things like peace-keeping and sundry miscellanea.

¹⁸ "New" because, since the League clearly had not *assigned* its supervisory rights to the United Nations (see further as to this, paragraph 42 below), only a *novation* could have produced the effect that the Court found in favour of in 1950. But a novation would have required the mandatory's consent, which Lord McNair did not think had been given. Speaking of the various contemporary statements made on behalf of South Africa, he said (*I.C.J. Reports 1950*, p. 161) that he did not find in them "adequate evidence" that the mandatory had "either assented to an implied succession by the United Nations . . . , or . . . entered into a new obligation towards [it] to revive the pre-war system of supervision".

¹⁹ Lord McNair had already held (*I.C.J. Reports 1950*, p. 159) that it was a "pure inference" [i.e., in the context a mere supposition] "that there [had] been an automatic succession by the United Nations to the rights and functions of the

rentrant dans le cadre de la présente Charte ». Ces mots peuvent inclure presque n'importe quoi¹⁷. Et pourtant pourrait-on raisonnablement soutenir que, à propos de tout sujet que l'Assemblée pourrait croire bon de discuter en invoquant cette disposition et qui pourrait à juste titre être considéré comme y étant englobé, les autorités et organes de tous les Etats Membres des Nations Unies seraient de ce seul fait tenus d'envoyer des rapports à l'Assemblée sur sa demande et d'accepter qu'elle surveille leurs activités? Poser la question, c'est en faire éclater l'absurdité. Rien dans l'article 10 ne pourrait produire un tel effet en dehors d'une stipulation expresse. Dès lors, sur quelles bases juridiques une obligation de faire rapport et d'accepter la surveillance sur les mandats pourrait-elle être tirée de cette disposition? C'est précisément cette absence de nécessité logique ou même de lien qui a motivé l'opinion dissidente de lord McNair en 1950. Après avoir dit qu'il n'entrevoit pas le motif juridique permettant valablement de considérer l'ancien Conseil de la SdN comme remplacé par l'ONU pour ce qui est des rapports à lui faire et de la surveillance à exercer par lui, ce qui « équivaudrait à imposer ... une obligation nouvelle¹⁸ [au mandataire] et serait faire œuvre de législation judiciaire », il poursuivait (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 162):

« En disant cela je n'oublie pas la compétence que possède l'Assemblée ... en vertu de l'article 10 de la Charte, pour procéder à l'examen du mandat ... et pour faire des recommandations au sujet de ce Mandat; cette compétence toutefois ne dépend d'aucune théorie de succession implicite mais bien des dispositions de la Charte. »

En d'autres termes, même si les dispositions de la Charte suffisaient à fonder la compétence de l'Assemblée (uniquement celle de discuter et de recommander), il faudrait encore démontrer qu'elles fondent l'obligation du mandataire, puisqu'il n'est pas question de pouvoir recourir à une théorie de succession implicite¹⁹, et, dans la mesure où l'on s'en remet

¹⁷ Il suffit de jeter un coup d'œil sur le préambule de la Charte et sur l'article premier, ainsi que sur les dispositions des chapitres IX et X, pour voir combien la gamme des matières possibles est vaste, même si on laisse de côté des sujets comme le maintien de la paix et divers points de détail.

¹⁸ « Nouvelle » parce que, comme la SdN, de toute évidence, n'a pas cédé ses droits de surveillance à l'ONU (voir à ce sujet par. 42 ci-après), seule une *novation* aurait pu produire l'effet en faveur duquel la Cour s'est prononcée en 1950. Mais, pour qu'il y ait eu novation, il aurait fallu le consentement du mandataire, que lord McNair estimait ne pas avoir été donné. Parlant des diverses déclarations faites à l'époque pour le compte de l'Afrique du Sud, il a indiqué (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 161) qu'il n'y trouvait aucune « preuve suffisante » que le Mandataire « ait ou bien accepté la succession, par implication, des Nations Unies ... ou ... ait contracté envers les Nations Unies une nouvelle obligation de faire revivre le système de surveillance d'avant-guerre ».

¹⁹ Lord McNair avait déjà soutenu (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 159) que c'était « pure déduction » (c'est-à-dire, dans ce contexte, une simple supposition) de penser qu'il y ait eu succession automatique de l'Organisation des Nations Unies « aux

this purpose, it is clear that they will not bear the weight that would thereby be put upon them.

(iii) *Article 80 of the Charter*

26. This is another provision (its terms are set out below²⁰) to which it has been sought to give an exaggerated and misplaced effect, and which equally cannot bear the weight thus put upon it. (It is true that the second paragraph manifests an expectation that mandated territories would be placed under the trusteeship system,—but expressions of expectation do not create obligations, as the Court found in 1950, specifically in relation to this provision—*I.C.J. Reports 1950*, p. 140.) As for the first paragraph, the changes which it rules out are clearly those, and only those, that might result from Chapter XII (the trusteeship chapter) of the Charter (“nothing in this Chapter [i.e., XII] shall be construed . . . to alter . . . etc.”),—and, as Lord McNair pertinently observed in 1950, “the cause of the lapse of the supervision of the League and of Article 6 of the Mandate²¹ is not anything contained in Chapter XII of the Charter, but is the dissolution of the League, so that it is difficult to see the relevance of this Article”. It is of course possible to hold on other grounds that the principle of accountability, as expressed in the form of the *reporting* obligation, though becoming dormant, did not lapse with the dissolution of the League (paragraphs 17 and 20 above). What cannot legitimately be held is that if it did so lapse—or would otherwise have done so—it was preserved or revived by reason of Article 80,—for that provision’s sole field of preservation was from extinction due to the effects of Chapter XII, not from extinction resulting from the operation of causes lying wholly outside that Chapter.

Council of the League in this respect; . . . as the Charter contained no provision for [such] a succession . . . [which] could have been expressly preserved and vested in the United Nations . . . but this was not done”.

²⁰ Article 80 of the Charter reads as follows:

“1. Except as may be agreed upon in individual trusteeship agreements, made under Articles 77, 79 and 81, placing each territory under the trusteeship system, and until such agreements have been concluded, nothing *in this Chapter* shall be construed in or of itself to alter in any manner the rights whatsoever of any States or any peoples or the terms of existing international instruments to which Members of the United Nations may respectively be parties—(my italics).

2. Paragraph 1 of this Article shall not be interpreted as giving grounds for delay or postponement of the negotiation and conclusion of agreements for placing mandated and other territories under the trusteeship system as provided for in Article 77.”

²¹ Article 6 of the Mandate for SW. Africa embodies the reporting obligation.

aux termes de l'article 10 à cette fin, il est évident que rien ne peut leur donner le poids qu'on prétend ainsi leur attribuer.

iii) Article 80 de la Charte

26. C'est là une autre disposition (dont le texte est reproduit ci-dessous²⁰) à laquelle on a voulu prêter un effet excessif et déplacé et qui, elle non plus, ne peut supporter le poids qu'on cherche à lui attribuer. (Il est vrai que le paragraphe 2 paraît reposer sur l'idée que les territoires sous mandat seraient placés sous le régime de tutelle — mais l'expression d'une attente ne crée pas des obligations, comme la Cour l'a elle-même constaté, précisément à propos de cette disposition (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 140).) Quant au paragraphe 1, il est clair que les changements qu'il exclut sont ceux, et seulement ceux, qui pourraient résulter du chapitre XII de la Charte consacré au régime de tutelle (« aucune disposition du présent chapitre [XII] ne sera interprétée ... comme modifiant », etc.); or, comme lord McNair l'a observé pertinemment en 1950, « l'extinction de la surveillance exercée par la Société des Nations et de l'article 6 du Mandat²¹ n'est due à rien qui soit contenu dans le chapitre XII de la Charte, mais à la dissolution de la Société des Nations en sorte qu'il est difficile d'apercevoir la pertinence de cet article » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 160). Il est bien entendu possible de s'appuyer sur d'autres motifs pour soutenir que le principe de la responsabilité concrétisée par l'obligation de *faire rapport*, bien qu'elle soit entrée en sommeil, n'est pas devenu caduc à la dissolution de la SdN (par. 17 et 20 ci-dessus). Ce qu'il n'est pas légitime de soutenir, c'est que, si l'obligation était devenue caduque — ainsi ou d'une autre façon —, l'article 80 a pu la préserver ou la ranimer — car ce que cette disposition a pu empêcher c'est uniquement une extinction tenant aux effets du chapitre XII mais non l'extinction due à des causes entièrement étrangères à ce chapitre.

droits du Conseil de la Société des Nations ... car dans la Charte ne figure aucune disposition assurant [cette] succession ... [que l'] on aurait pu expressément conserver ... et conférer ... aux Nations Unies ... mais cela n'a pas été fait ».

²⁰ L'article 80 de la Charte énonce :

« 1. A l'exception de ce qui peut être convenu dans les accords particuliers de tutelle conclus conformément aux articles 77, 79 et 81 et plaçant chaque territoire sous le régime de tutelle, et jusqu'à ce que ces accords aient été conclus, aucune disposition *du présent chapitre* ne sera interprétée comme modifiant directement ou indirectement en aucune manière les droits quelconques d'aucun Etat ou d'aucun peuple ou les dispositions d'actes internationaux en vigueur auxquels des Membres de l'Organisation peuvent être parties.

2. Le paragraphe 1 du présent article ne doit pas être interprété comme motivant un retard ou un ajournement de la négociation et de la conclusion d'accords destinés à placer sous le régime de tutelle des territoires sous mandat ou d'autres territoires ainsi qu'il est prévu à l'article 77. » (Les italiques sont de nous.)

²¹ L'article 6 du Mandat pour le Sud-Ouest africain est celui qui prescrit l'obligation de faire rapport.

27. Still less can it be legitimate to hold that the reporting obligation was not only preserved as a concept, but became, by some sort of silent alchemy, actually *converted* by Article 80 into an obligation to report to an (unspecified) organ of the United Nations. The impossibility of attributing this last effect to Article 80 becomes manifest if it be recalled that at the date (24 October 1945) when the Charter, including Article 80, came into force, *the League of Nations was still in existence* (and continued so to be until 18 April 1946)²², so that the reporting obligation was still owed to the Council of the League. If therefore Article 80 could have operated at all to save this obligation from causes of lapse lying outside Chapter XII of the Charter, it is in *that* form that it must have preserved it—i.e., as an obligation in relation to the League Council;—and there is no known principle of legal construction that could, simply on the basis of a provision such as Article 80, cause an obligation preserved in that form, to become automatically and *ipso facto* converted six months later into an obligation *relative to a different entity of which no mention had been made*. If, to cite Article 80, Chapter XII was not to be “construed” as altering, “the terms of existing international instruments”, then what was not to be altered were those provisions of the mandates and of Article 22 of the League Covenant (then still in force) for reporting to the League Council (then still in being). How then is it possible to read Article 80, not as preserving *that* obligation but (as if at the wave of the magician’s wand) creating a new and different obligation to report to a new and very different kind of organ—the United Nations Assembly?—a change which could not have been a matter of indifference to the mandatories.

28. It comes to this therefore, that there is absolutely nothing in Article 80 to enable it to be read as if it said “The League is still in being, but if and when it becomes extinct, all mandatories who are Members of the United Nations will thereupon owe to the latter Organization their obligations in respect of mandated territories”. *That* of course (see *per* Lord McNair in footnote 19 above) is precisely what (or something like it) the Charter ought to have stated, in order to bring about the results which—(once it had become clear that SW. Africa was not going to be placed under the United Nations trusteeship system)—it was then attempted to deduce from such provisions as Articles 10 and 80. But the Charter said no such thing, and these Articles, neither singly nor together, will bear the weight of such a deduction.

29. The truth about Article 80 can in fact be stated in one sentence: either the mandates, with their reporting obligations, would in any event

²² Although it was known *de facto* that the League would be dissolved, there was nothing in the Charter to compel those Members of the United Nations who were also Members of the League to take this step, still less to take it by any particular date.

27. Il serait moins légitime encore de soutenir que l'obligation de faire rapport n'a pas seulement été préservée sur le plan conceptuel mais que, par quelque discrète alchimie, l'article 80 l'a effectivement convertie en obligation de faire rapport à un organe indéterminé de l'ONU. L'impossibilité d'attribuer ce dernier effet à l'article 80 devient manifeste quand on se rappelle que, à la date (24 octobre 1945) où la Charte, y compris son article 80, est entrée en vigueur, *la Société des Nations existait encore* (et a continué à exister jusqu'en avril 1946²²) de sorte que c'était toujours au Conseil de la SdN qu'il fallait faire rapport. Si donc l'article 80 a pu servir en quoi que ce soit à prémunir l'obligation de faire rapport des effets de causes de caducité étrangères au chapitre XII, c'est *ainsi* qu'il a dû le faire — c'est-à-dire en tant qu'obligation envers le Conseil de la SdN; et il n'est pas de principe d'interprétation juridique qui puisse, sans pouvoir s'appuyer sur rien d'autre qu'une disposition comme l'article 80, faire qu'une obligation préservée sous cette forme se transforme automatiquement et *ipso facto* six mois plus tard en obligation à l'égard d'une entité différente et dont il n'avait pas été question. Si, pour citer l'article 80, les dispositions du chapitre XII ne doivent pas être « interprétée[s] comme modifiant les dispositions d'actes internationaux en vigueur », ce sont les dispositions des mandats et de l'article 22 du Pacte de la SdN (encore en vigueur à l'époque) sur les rapports à faire au Conseil (encore en existence à ce moment) qui ne devaient pas être modifiées. Comment dès lors est-il possible d'interpréter l'article 80 non pas comme s'il préservait *cette* obligation, mais comme s'il créait d'un coup de baguette magique une obligation nouvelle et différente de faire rapport à un organe nouveau et très différent, l'Assemblée générale des Nations Unies, ce qui ne pouvait laisser les mandataires indifférents?

28. Tout revient donc à ceci: il n'y a absolument rien dans l'article 80 qui autorise à faire comme s'il se lisait: « La Société des Nations est toujours en vigueur mais, quand elle sera dissoute et à partir du moment où elle le sera, tous les mandataires qui sont Membres de l'Organisation des Nations Unies seront redevables à cette dernière de leurs obligations relatives aux territoires sous mandat. » C'est bien entendu cela ou quelque chose de ce genre (voir ce qu'en disait lord McNair, note 19 ci-dessus) que la Charte aurait dû stipuler pour entraîner les résultats qu'on a voulu déduire de dispositions comme les articles 10 et 80 une fois qu'il est devenu évident que le Sud-Ouest africain n'allait pas être placé sous le régime de tutelle de l'ONU. Mais la Charte ne dit rien de tel et ces articles ne peuvent ni séparément ni ensemble porter le poids d'une telle déduction.

29. Au sujet de l'article 80, la vérité tient en une phrase: ou bien les mandats, avec l'obligation de faire rapport qu'ils comportent, auraient

²² On savait bien en fait que la Société des Nations serait dissoute mais il n'y avait rien dans la Charte pour forcer les Membres des Nations Unies qui étaient aussi Membres de la SdN à prendre le parti de la dissolution, encore moins à le prendre à une date déterminée.

have survived the dissolution of the League on a basis of general legal principle or, as some contend, of treaty law, and there would have been no need of Article 80 for that particular purpose²³;—or else, if survival had to depend on the insertion of an express provision in the Charter, Article 80 was not effectual for the purpose—guarding as it did only against possible causes of lapse arising out of Chapter XII itself, which was not the cause of the dissolution of the League. In consequence, quite a different type of provision would have been required in order to produce the results now claimed for Article 80.

30. It is argued that the foregoing interpretation deprives Article 80 of all meaning, since (so it is contended) there is nothing in Chapter XII of the Charter that *could* alter or impair existing rights, etc. Even if this were the case, it would not be a valid juridical reason for reading into this provision what *on any view* is not there, namely a self-operating United Nations successorship to League functions,—the automatic conversion of an obligation of accountability to the League Council (still extant when Article 80 came into force) into an obligation towards the Assembly of the United Nations. But in any event this argument is not correct. Article 80 remains fully meaningful,—and its intended meaning and effect, so far as mandates were concerned, was to guard against the possibility that the setting-up of the trusteeship system might be regarded as an excuse for not continuing to observe mandates obligations, *whatever these were*, and continued to be. *But it did not define what these were, or say whether they continued to be.* Furthermore it was only “in and of itself” (words all too frequently overlooked) that the creation of the trusteeship system was not to affect mandates. But if these lapsed from some other (valid) cause, Article 80 did not, and was never intended to operate to prevent it. In short, Article 80 did not *cause* them to survive,—but if they did (otherwise) survive, then the setting-up of the trusteeship system could not be invoked as rendering them obsolete.

²³ This was the view taken by Ambassador Joseph Nisot, the former Belgian delegate and juriconsult whose knowledge of the United Nations dates from the San Francisco Conference. Writing in the *South African Law Journal*, Vol. 68, Part III (August 1951), pp. 278-279, he said:

“The only purpose of the Article is to prevent Chapter XII of the Charter from being construed as in any manner affecting or altering the rights whatsoever of States and peoples, as they stand pending the conclusion of trusteeship agreements. Such rights draw their judicial life from the instruments which created them; they remain valid in so far as the latter are themselves still valid. If they are maintained, it is by virtue of those instruments, not by virtue of Article 80, which confines itself to providing that the rights of States and peoples—whatever they may be and to whatever extent may subsist—are left untouched by Chapter XII.”

For a similar view by a former judge of the Permanent Court (also a delegate at

de toute façon survécu à la dissolution de la SdN en vertu d'un principe général de droit ou, comme certains le soutiennent, en vertu du droit des traités et l'article 80 aurait été superflu à cette fin²³; ou bien, si la survivance devait dépendre de l'inclusion d'une disposition expresse dans la Charte, l'article 80 était sans effet utile, puisqu'il ne protégeait que des causes éventuelles de caducité découlant du chapitre XII, lequel n'a pas entraîné la dissolution de la SdN. Il aurait donc fallu une disposition d'un tout autre caractère pour aboutir aux résultats qu'on prête maintenant à l'article 80.

30. On prétend que l'interprétation qui précède ôte tout sens à l'article 80, car, affirme-t-on, il n'y a rien dans le chapitre XII de la Charte qui *puisse* modifier ou compromettre des droits existants, etc. Serait-ce vrai que cela ne constituerait pas un motif juridique valable d'introduire dans l'article ce que l'on ne saurait en *aucune manière* prétendre y trouver, à savoir la succession, opérant d'elle-même, de l'ONU à des fonctions de la SdN, la conversion automatique d'une obligation de rendre compte au Conseil de la SdN (lequel existait encore au moment où l'article 80 est entré en vigueur) en une obligation envers l'Assemblée générale des Nations Unies. Cependant, de toute façon, l'argument ne tient pas. L'article 80 conserve tout son sens et tous ses effets qui, pour ce qui concerne les mandats, étaient d'empêcher que l'instauration du régime de tutelle puisse être considérée comme une excuse pour cesser de respecter les obligations au titre des *mandats, quelles qu'elles fussent* à l'origine et à ce moment-là. *Mais l'article 80 n'indiquait pas quelles étaient ces obligations, ni si elles demeuraient en vigueur.* De plus, c'était seulement « directement ou indirectement » (*in and of itself* — ces termes sont trop souvent oubliés) que la mise en place du régime de tutelle ne devait pas affecter les mandats. Si les mandats étaient devenus caducs pour quelque autre cause valable, l'article 80 ne s'y opposait pas, et n'a jamais visé à s'y opposer. En bref l'article 80 *n'assurait pas* la survivance obligatoire des mandats, mais, dans l'éventualité où ils subsistaient pour d'autres motifs, la création du système de tutelle ne pouvait pas être invoquée comme les faisant tomber en désuétude.

²³ C'est bien ce que pensait M. Joseph Nisot, ancien délégué, ambassadeur et juriste belge dont la connaissance des Nations Unies remonte à la conférence de San Francisco. Dans le *South African Law Journal*, vol. 68, III^e partie, août 1951, p. 278-279, il écrivait :

« Le seul objet de l'article est d'empêcher d'interpréter le chapitre XII de la Charte comme affectant ou modifiant en quoi que ce soit les droits des États et des peuples tels qu'ils existent et tant que des accords de tutelle ne sont pas conclus. Ces droits tirent leur existence juridique des instruments qui les ont créés; ils restent valables pour autant que ces instruments sont eux-mêmes toujours valables. S'ils sont maintenus, c'est en vertu de ces instruments et non en vertu de l'article 80 qui se borne à prévoir que les droits des États et des peuples — quels qu'ils puissent être et à quelque degré qu'il subsistent — sont laissés intacts par le chapitre XII. » [*Traduction du Greffe.*]

Voir les vues analogues de Manley Hudson, ancien membre de la Cour permanente,

31. The argument founded upon the reference to Article 80 contained in Article 76 (*d*) of the Charter is equally misplaced and turns in the same circle. Without doubt the effect of this reference was that *in so far as* any preferential economic or other rights were preserved by reason of Article 80, they formed exceptions to the régime of equal treatment provided for by Article 76 (*d*). But this left it completely open what preferential rights were thus preserved. They were of course only those preserved from extinction because of the operation of Chapter XII of the Charter, not those that might be extinguished from other causes. The point is exactly the same as before.

32. If neither Article 10 nor 80, taken singly, created an obligation to report to the United Nations Assembly, it is evident that, taken together, they cannot do so either. If anything, the reverse is the effect,—two blanks only create a bigger blank.

(c) *The Organized World (or "International")*
Community Argument

33. This argument, not previously prominent, the essence of which is to postulate an *inherent* continuity between the League of Nations and the United Nations, as being only different expressions of the same overriding idea, emerged in the course of the *South West Africa* cases (Ethiopia and Liberia v. South Africa, 1960-1966). It is obviously directed to supplying a possibly plausible foundation for something that has no basis in concrete international law. It has no such basis because the so-called organized world community is not a separate juridical entity with a personality over and above, and distinct from, the particular international organizations in which the idea of it may from time to time find actual expression. In the days of the League there was not (*a*) the organized world community, (*b*) the League. There was simply the League, apart from which no *organized* world community would have existed. The notion therefore of such a community as a sort of permanent separate residual source or repository of powers and functions, which are re-absorbed on the extinction of one international organization, and then automatically and without special arrangement, given out to, or taken over by a new one, is quite illusory²⁴.

San Francisco) see Manley Hudson in *American Journal of International Law*, Vol. 45 (1951), at p. 14.

²⁴ Nor does international law know anything comparable to such principles of private law as those for instance which, in the event of a failure of all heirs to given property, cause it to pass as *bona vacantia* to the State, the fisc, the Crown, etc.; so that although there is no "inheritance" as such, there is a successorship in law. Moreover, what is in question in the present case is not property but the exercise

31. L'argument tiré de la référence à l'article 80 que l'on trouve à l'article 76 *d*) de la Charte vient aussi mal à propos et tourne autour du même point. Il n'est pas douteux que cette référence signifiait que, *dans la mesure où* des droits préférentiels, économiques ou autres, seraient préservés, par application de l'article 80, il s'agirait là d'exceptions au régime d'égalité de traitement prévu à l'article 76 *d*). Mais cela ne résolvait nullement la question de savoir quels étaient les droits de préférence ainsi préservés. Il ne pouvait évidemment s'agir que de ceux qui étaient préservés de l'extinction par application du chapitre XII de la Charte, et non de ceux qui auraient pu s'éteindre pour d'autres motifs. L'on en revient donc à l'argument précédent.

32. Si ni l'article 10 ni l'article 80, pris séparément, ne créent une obligation de faire rapport à l'Assemblée générale des Nations Unies, il est évident qu'ils ne peuvent pas non plus avoir cet effet conjointement. C'est plutôt le contraire qui serait vrai: zéro plus zéro égale zéro.

c) *Argument de la communauté mondiale (ou « internationale ») organisée*

33. Cet argument, sur lequel on n'avait pas beaucoup insisté jusqu'à présent et qui consiste essentiellement à postuler une continuité intrinsèque entre la Société des Nations et l'Organisation des Nations Unies, en tant qu'avatars différents d'une même idée directrice, a été avancé dans les affaires du *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud, 1960-1966)*. Il vise manifestement à donner une explication éventuellement plausible à une conception qui n'a aucun fondement dans le droit international positif. Elle n'en a pas parce que ce qu'on appelle la communauté mondiale organisée n'est pas une entité juridique distincte dotée d'une personnalité propre et transcendant celle des organisations internationales dans lesquelles elle a pu s'incarner à telle ou telle époque. Du temps de la SdN il n'y avait pas la communauté mondiale organisée, d'une part, et la SdN de l'autre. Tout ce qui existait, c'était la SdN, sans laquelle il n'y aurait pas eu de communauté mondiale *organisée*. Par conséquent la notion d'une telle communauté comme source résiduelle distincte et permanente ou comme réservoir de pouvoirs et de fonctions qui seraient réabsorbées à la disparition de telle ou telle organisation internationale pour être ensuite conférés automatiquement et sans arrangement spécial à une nouvelle organisation ou assumés par celle-ci, est tout à fait illusoire²⁴.

qui fut aussi délégué à San Francisco, dans l'*American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, p. 14.

²⁴ Le droit international ne contient d'ailleurs rien de comparable aux principes de droit privé selon lesquels, par exemple, en l'absence d'héritiers les biens vacants passent à l'Etat, au fisc, à la Couronne, etc., de sorte que, s'il n'y a pas « héritage » à proprement parler, il y a néanmoins succession en droit. De plus il ne s'agit pas en l'espèce d'un patrimoine mais de l'exercice d'une fonction et il n'existe aucun

34. It is evident therefore that, in the instant case, this theory is put forward with a view to circumventing, *ex post facto*, what would otherwise be—what *is*—an insuperable juridical obstacle,—namely the lack of any true successorship in law between the League of Nations and the United Nations. In the absence of such successorship, the “organized world [or ‘international’] community” argument can be seen for what it is—an expedient;—for it is quite certain that none of the States that, as mandatories, assumed obligations to report to the League Council could for one moment have supposed that they were *thereby* assuming an open-ended obligation to report for all time to whatever organ should be deemed, at any given moment, to represent a notional and hypothetical organized world community, and regardless of how such a community might be constituted or might function.

4. *Political rejection in the United Nations of any continuity with the League of Nations*

(a) *In general and in principle*

(i) *Attitude towards the League*

35. In the foregoing sub-sections various theories of implied succession as between the United Nations and the League in the field of mandates have been considered and shown to be fallacious. The real truth is however, that they all fly in the face of some of the most important facts concerning the founding of the United Nations;—for the idea of taking over from the League, of re-starting where it left off, was considered and rejected—expectedly so. The United States had never been a member of the League for reasons that were still remembered²⁵. The Soviet Union had been expelled in 1939. The “Axis” Powers, on the other hand, under their then fascist régimes, *had* been members, and so on. The League had a bad name politically. It had failed in the period 1931-1939 to prevent at least three very serious outbreaks of hostilities, and it had of course been powerless to prevent World War II. It was regarded in many quarters as something which—so far from being an “organised world com-

of a function, and there is no principle of international law which would make it possible to say that, if an international organization becomes extinct, its functions automatically pass to another without special arrangements to that effect. The position was correctly stated by Judge Read in 1950, in the passage quoted in paragraph 22 above.

²⁵ It will be recalled that although President Wilson was one of the principal architects of the League Covenant,—and although the Covenant, instead of being a separate instrument had been made formally part of the Treaty of Versailles in the belief that the United States must ratify the latter, and thereby automatically become a member of the League,—this expectation was defeated by the action of the United States Senate in declining to ratify the Treaty, despite the fact that the United States was one of the “Principal Allied and Associated Powers” in whose name it was made. A separate Peace Treaty with Germany was concluded by the United States in 1921.

34. Il est donc évident qu'en l'espèce cette théorie est invoquée en vue de tourner après coup ce qui aurait constitué et constitue encore un obstacle juridique insurmontable, à savoir l'absence de toute succession juridique véritable entre la SdN et l'ONU. A défaut d'une telle succession, l'argument de la « communauté mondiale [ou « internationale »] organisée » apparaît sous son vrai jour comme un expédient : il est bien certain qu'aucun des Etats qui, comme mandataires, ont accepté l'obligation de faire rapport au Conseil de la SdN n'aurait pu supposer un instant qu'il souscrivait *par là même* à une obligation généralisée de rendre compte, dans tous les temps à venir, à tout organisme qui pourrait être considéré, à tel ou tel moment, comme représentant une communauté mondiale organisée aussi abstraite qu'hypothétique, et cela quelle que soit la façon dont cette collectivité pourrait être constituée ou fonctionner.

4. *Rejet politique, aux Nations Unies, de toute continuité avec la Société des Nations*

a) *En général et en principe*

i) *Attitude à l'égard de la Société des Nations*

35. Nous avons étudié dans les paragraphes qui précèdent diverses théories tendant à prouver qu'il y avait eu succession implicite entre l'Organisation des Nations Unies et la Société des Nations en ce qui concerne les mandats et nous avons montré que ces théories étaient fallacieuses. Mais la vérité est que ces théories ne tiennent aucun compte de certains des faits les plus importants qui entourent la fondation de l'ONU, car l'idée d'une reprise en charge des fonctions de la SdN, l'idée de repartir d'où la SdN s'était interrompue, a été envisagée et, comme il fallait s'y attendre, rejetée. Les Etats-Unis n'étaient jamais devenus membre de la SdN pour des raisons que l'on n'avait pas oubliées²⁵. L'URSS en avait été exclue en 1939. En revanche les puissances de l'Axe, avec leurs régimes fascistes de l'époque en avaient fait partie, etc. Politiquement la SdN avait mauvaise presse. Entre 1931 et 1939 elle n'avait pas réussi à prévenir au moins trois conflits armés très graves et elle

principe de droit international qui permette de dire que, lorsqu'une organisation internationale vient à disparaître, ses fonctions sont automatiquement dévolues à une autre sans que des arrangements spéciaux aient été prévus à cet effet. La situation a été correctement décrite par M. Read en 1950 dans le passage de son opinion cité au paragraphe 22 ci-dessus.

²⁵ On sait que, si le président Wilson a bien été l'un des principaux architectes du Pacte de la SdN — qui, au lieu de constituer un instrument distinct, a été incorporé officiellement au traité de Versailles parce qu'on croyait que les Etats-Unis ratifieraient nécessairement le traité et deviendraient *ipso facto* membre de la SdN — tous les espoirs ont été déçus parce que le Sénat des Etats-Unis a refusé de ratifier le traité, bien que les Etats-Unis fussent l'une des « Principales Puissances alliées et associées » au nom desquelles le traité était rédigé. Les Etats-Unis ont signé un traité de paix séparé avec l'Allemagne en 1921.

munity”—was a paramountly European institution dominated by “colonialist” influences. The United Nations, so it was felt, must represent an entirely fresh initiative. Although it could hardly fail in certain ways to *resemble* the League, there must be no formal link, no juridical continuity. The League had failed and the United Nations must not start under the shadow of a failure.

36. This is why absolutely *no mention of the League is to be found in any part of the Charter*. (Even in connection with mandates, formerly generally known as “League of Nations mandates”, the Charter makes no mention of the League. In Article 77, paragraph 1, and Article 80, paragraph 2—the only provisions in which mandates as such are mentioned—they are referred to as “territories now held under mandate” and “mandated . . . territories”.) *This again* is why the Charter was brought into force without any prior action to wind up the League, and regardless of the fact that it was still, and continued to be, in existence. It is not too much to say therefore that, in colloquial terms, the founders of the United Nations bent over backwards to avoid the supposed taint of any League connexion.

(ii) *Assembly Resolution XIV
of 12 February 1946*

37. The same attitude of regarding the League as a quasi-untouchable was kept up when, after the Charter had come into force and the United Nations was definitely established, action was taken to put an end to the League and take over its physical and financial assets,—and to reach a final decision regarding its political and technical activities²⁶. This was done by the now well-known General Assembly Resolution XIV of 12 February 1946, the whole text of which will repay study and will, with one (non-pertinent) omission, be found set out verbatim on pages 625-626 of the 1962 volume of the Court’s Reports. The parts relevant to mandates (though not mentioning them by name) were as follows:

²⁶ A start had of course been made in the Preparatory Commission of the United Nations set up after the San Francisco Conference. To cite the joint dissenting Opinion written by Sir Percy Spender and myself in the 1962 phase of the *South West Africa* cases (*I.C.J. Reports 1962*, p. 532), the Summary Records of the Commission, in particular UNPC Committee 7, pp. 2-3 and 10-11, indicated that “the whole approach of the United Nations to the question of the activities of the League of Nations was one of great caution and indeed of reluctance . . . there was a definite rejection of any idea of . . . a general take-over or absorption of League functions and activities”.

avait été impuissante à empêcher la seconde guerre mondiale. Dans de nombreux milieux, loin d'y voir une « communauté mondiale organisée », on la considérait comme une institution essentiellement européenne assujettie à des influences « colonialistes ». C'est pourquoi l'on estimait que l'ONU devait être conçue dans un esprit absolument nouveau. Sans doute serait-il inévitable que l'ONU *ressemble* par certains côtés à la SdN, mais il ne devait y avoir aucun lien officiel, aucune continuité juridique. La SdN avait échoué et il ne fallait pas que l'ONU prît son essor sous cette ombre chancelante.

36. *Voilà pourquoi il n'est fait rigoureusement aucune mention de la Société des Nations dans la Charte.* (Même à propos des mandats, pourtant connus généralement jusque-là comme « mandats de la Société des Nations », la Charte ne dit mot de la SdN. A l'article 77, paragraphe 1, et à l'article 80, paragraphe 2, qui sont les seules dispositions où il soit fait état des mandats comme tels, on trouve les expressions « territoires actuellement sous mandat » et « territoires sous mandat ».) C'est pourquoi *là encore* la Charte a été mise en application sans que l'on ait pris auparavant la moindre mesure pour mettre fin aux activités de la SdN et indépendamment du fait que celle-ci existait encore et continuait d'exister. Il n'est donc pas exagéré de dire, sous une forme un peu triviale, que les fondateurs de l'ONU ont tout fait pour éviter la souillure d'un contact quelconque avec la SdN.

ii) *Résolution XIV de l'Assemblée générale
en date du 12 février 1946*

37. La même attitude à l'égard d'une SdN presque considérée comme une intouchable s'est de nouveau manifestée lorsque, une fois la Charte en vigueur et l'ONU définitivement établie, des mesures ont été prises pour liquider la SdN et reprendre ses avoirs matériels et financiers et pour adopter une décision finale au sujet de ses activités politiques et techniques²⁶. C'est à ces fins qu'a été votée le 12 février 1946 la résolution XIV de l'Assemblée générale, résolution désormais bien connue dont le texte intégral, d'une lecture fort instructive, se trouve, à une omission non pertinente près, reproduit *in extenso* aux pages 625-626 du *Recueil* de la Cour pour 1962. Les passages de cette résolution qui intéressent les mandats (sans que ces derniers soient nommément visés) sont les suivants :

²⁶ Il y avait eu, bien entendu, un début de décision en ce sens à la Commission préparatoire des Nations Unies créée après la conférence de San Francisco. Je me permets de citer l'opinion dissidente commune rédigée par sir Percy Spender et moi-même lors de la phase de 1962 des affaires du *Sud-Ouest africain* (C.I.J. *Recueil* 1962, p. 532), pour rappeler que, d'après les comptes rendus de la Commission et en particulier ceux du comité 7 (CPNU, p. 2-3 et 10-11), « dans toute la manière dont elles ont abordé la question des activités de la Société des Nations, les Nations Unies ont manifesté une grande prudence et même une certaine répugnance ... toute idée de ce qu'on pourrait appeler une reprise générale ou une absorption des fonctions et des activités de la Société des Nations a été catégoriquement rejetée ».

“3. *The General Assembly* declares that the United Nations is willing in principle, and subject to the provisions of this resolution and of the Charter of the United Nations, to assume the exercise of certain functions and powers previously entrusted to the League of Nations and adopts the following decisions set forth in A, B and C below.”

Decisions A (“Functions pertaining to a secretariat”) and B (“Functions and powers of a technical and non-political character”) are irrelevant in the present connexion; but decision C, under which the question of mandates was regarded as coming, read as follows:

“C. *Functions and Powers under Treaties, International Conventions, Agreements and other Instruments Having a Political Character* ²⁷.”

The General Assembly will itself examine, or will submit to the appropriate organ of the United Nations, any request from the parties that the United Nations should assume the exercise of functions or powers entrusted to the League of Nations by treaties, international conventions, agreements and other instruments having a political character ^{27a}.”

Commenting on this in 1950 (*I.C.J. Reports 1950*, p. 172), Judge Read, whose views I share, said, speaking of the Mandate for SW. Africa, that it involved “functions and powers of a political character” and that in substance decision C provided that the General Assembly would examine a request “that the United Nations should assume League functions as regards report, accountability and supervision over the South-West African Mandate”. He then continued:

“No such request has been forthcoming, and the General Assembly has not had occasion to act under decision C. *The very existence of this express provision, however, makes it impossible to justify succession based upon implication*”—(my italics).

38. Nor was the Assembly’s Resolution XIV of 12 February 1946 in any way the outcome of a hasty or insufficiently considered decision. It had been carefully worked out in the Preparatory Commission, and its committees and sub-committees, and it represented the culmination of a settled policy. The story is summarized on pages 536-538 of the 1962 joint dissenting Opinion already referred to (footnote 26 above) and a fuller version is given at pages 619-624 of the same volume of the Court’s Reports. In the discussion in the Preparatory Commission of the drafts prepared by its Executive Committee, of what eventually became Reso-

²⁷, ^{27a} It was of course under the head of “Other instruments having a political character” that mandates were deemed to come.

« 3. *L'Assemblée générale* déclare qu'en principe et sous réserve des dispositions de la présente résolution et de la Charte, l'Organisation est prête à assumer certaines fonctions et certains pouvoirs précédemment confiés à la Société des Nations, et elle adopte les décisions énoncées ci-dessous aux paragraphes A, B et C. »

Les paragraphes A (*Fonctions de secrétariat*) et B (*Fonctions et pouvoirs de caractère technique et non politique*) sont sans intérêt ici mais le paragraphe C, qui était censé s'appliquer notamment aux mandats, énonçait :

« C. *Fonctions et pouvoirs résultant de traités, conventions, accords et autres instruments internationaux de caractère politique* ²⁷.

L'Assemblée générale étudiera elle-même ou soumettra à l'organe compétent des Nations Unies toute demande émanant des parties et tendant à ce que l'Organisation assume les fonctions ou pouvoirs confiés à la Société des Nations par des traités, conventions, accords et autres instruments internationaux de caractère politique... ^{27a} »

Commentant ce texte en 1950 (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 172), M. Read, dont je partage les vues, disait que le Mandat pour le Sud-Ouest africain comportait « des fonctions et pouvoirs de caractère politique » et qu'en substance le paragraphe C prévoyait que l'Assemblée générale serait saisie d'une requête « tendant à ce que les Nations Unies exercent les fonctions de la Société des Nations en matière de rapports, de responsabilités et de contrôle sur le Mandat pour le Sud-Ouest africain ». Et de poursuivre :

« Aucune requête de ce genre n'a été adressée et l'Assemblée générale n'a pas eu l'occasion d'agir en vertu de la décision C. *L'existence même de cette disposition expresse rend toutefois impossible de justifier une succession par voie de conséquence logique.* » (Les italiques sont de nous.)

38. On ne peut pas dire non plus que la résolution XIV de l'Assemblée en date du 12 février 1946 corresponde le moins du monde à une décision hâtive ou insuffisamment réfléchie. Elle avait été soigneusement mise au point à la Commission préparatoire et au sein de ses comités et sous-comités et elle représentait l'aboutissement d'une politique bien établie. On en trouvera un bref historique aux pages 536-538 de l'opinion dissidente commune de 1962 dont j'ai déjà parlé (voir note 26 ci-dessus) et une relation plus complète aux pages 619 à 624 du même volume du *Recueil*. Quand la Commission préparatoire a examiné les projets

²⁷, ^{27a} C'était bien entendu par l'intitulé « autres instruments de caractère politique » que l'on visait les mandats.

lution XIV, the use of the word "transfer" [of League functions and activities], which nowhere appears in that resolution, was specifically objected to, and dropped, on the ground that it would seem to apply a "legal continuity *that would not in fact exist*"—my italics—(see UN docts. PC/LN/2, pp. 2-3, and PC/LN/10, pp. 10-11).

(b) *In particular as regards mandates*

(i) *Settled policy of preference
for and reliance upon the
trusteeship system*

39. As regards mandates, no fewer than three proposals were made in the Preparatory Commission for the setting up of what would have been an interim régime for *mandates* under the United Nations. In the first place the Executive Committee recommended the creation of a "Temporary Trusteeship Committee" to deal with various interim matters until the trusteeship system was fully working, and amongst them "any matters that might arise with regard to the transfer to the United Nations of any functions and responsibilities hitherto exercised under the Mandates System"—(references will be found in the footnotes to pp. 536 and 537 of the *I.C.J. Reports 1962*). Had this proposal been proceeded with, it would have resulted in the creation of some sort of interim régime in respect of mandates, pending their being placed, *or if they were not placed*, under trusteeship. But in the Preparatory Commission itself, the idea of a temporary trusteeship committee met with various objections, mainly from the Soviet Union, and was not proceeded with. Instead, the Commission made quite a different kind of recommendation to the General Assembly, looking to the conversion of the mandates into trusteeships. This recommendation eventually emerged as Assembly Resolution XI of 9 February 1946, which will be considered in a moment.

40. Even more effective would have been the two United States proposals made in the Executive Committee on 14 October and 4 December 1945 respectively, which, had they been adopted, would have done precisely and expressly what it is now claimed was (by implication) done, even though these proposals were not proceeded with. Subject to differences of wording they were to the same effect, and their character can be seen from the following passage recommending that one of the functions of a temporary trusteeship committee should be (UN doct. PC/EX/92/Add. 1):

"... to undertake, following the dissolution of the League of Nations and of the Permanent Mandates Commission, the functions

établis par son comité exécutif pour ce qui devait devenir la résolution XIV, le mot *transfert* (des fonctions et activités de la Société des Nations), qui n'apparaît plus nulle part dans la résolution, a fait l'objet d'objections précises et a été écarté parce qu'il paraissait établir une « continuité juridique *qui en fait n'existerait pas* » (les italiques sont de nous) (Nations Unies, doc. PC/LN/2, p. 2-3 et PC/LN/10, p. 10-11).

b) *En ce qui concerne les mandats en particulier*

i) *Politique établie tendant*

*à donner la préférence au régime de tutelle
et à s'appuyer sur ce régime*

39. S'agissant des mandats, jusqu'à trois propositions ont été formulées à la Commission préparatoire en vue de créer ce qui eût été un régime provisoire de *mandats* sous l'égide des Nations Unies. Tout d'abord, le comité exécutif a recommandé la création d'un « comité temporaire de tutelle » qui aurait exercé certaines fonctions pendant la période intérimaire jusqu'au moment où le régime de tutelle aurait fonctionné à plein et qui se serait occupé notamment des « questions que pourrait soulever le transfert à l'Organisation des Nations Unies de toutes fonctions et responsabilités assumées jusqu'ici en vertu du régime des mandats » (pour les références, voir *C.I.J. Recueil 1962*, notes au bas des pages 536-537). S'il y avait été donné suite, cette proposition aurait abouti à créer une sorte de régime intérimaire des territoires sous mandat, applicable soit jusqu'au moment où ces territoires auraient été placés sous tutelle *soit dans l'hypothèse où ils ne le seraient pas*. Mais, à la Commission préparatoire même, l'idée de créer un comité temporaire de tutelle a suscité diverses objections, principalement de la part de l'URSS et il n'y a pas été donné suite. En fait la Commission a formulé à l'intention de l'Assemblée générale une recommandation toute différente consistant à envisager la conversion des mandats en tutelles. Cette recommandation a finalement pris la forme de la résolution XI de l'Assemblée générale en date du 9 février 1946, que j'examinerai plus loin.

40. Deux autres propositions formulées par les Etats-Unis au comité exécutif les 14 octobre et 4 décembre 1945 auraient été plus efficaces encore car, si elles avaient été adoptées, elles auraient très précisément et expressément accompli ce que l'on prétend aujourd'hui avoir été réalisé par voie de conséquence implicite, alors même que ces deux propositions n'ont pas eu de suite. A certaines différences de rédaction près, les deux propositions avaient le même effet et on peut voir quelle en était la nature dans le passage cité ci-après, où il est recommandé de charger notamment un comité temporaire de tutelle (Nations Unies, doc. PC/EX/92/Add.1)

« [d']exercer, à la suite de la dissolution de la Société des Nations et de la Commission permanente des mandats, les fonctions qu'assurait

previously performed by the Mandates Commission in connection with receiving and examining reports submitted by Mandatory Powers with respect to such territories under mandate as have not been placed under the trusteeship system by means of trusteeship agreements, and until such time as the Trusteeship Council is established, whereupon the Council will perform a similar function”.

But after tabling these proposals the United States delegation did not further proceed with them. Instead, the Preparatory Commission recommended, and the Assembly adopted, Resolution XI mentioned at the end of the preceding numbered paragraph above. The full text of the relevant parts of this Resolution will be found on page 624 of *I.C.J. Reports 1962*. It was addressed to “States administering territories now held under mandate”; but all it did was to welcome the declarations made by “certain” of them as to placing mandated territories under trusteeship, and to “invite” all of them to negotiate trusteeship agreements for that purpose under Article 79 of the Charter;—not a word about the interim position,—not a word about the situation regarding any mandated territories in respect of which this invitation was not, and continued not to be, accepted. This piece of history confirms the existence of a settled policy of avoidance of mandates as such.

(ii) *The final League of Nations
Resolution of 18 April 1946*

41. Precisely the same attitude characterized the behaviour of those Members of the United Nations who were also Members of the League when, in their latter capacity, they attended the final Geneva meeting for the winding up of the League. Here again was an opportunity of doing something definite about mandates,—for (with the exception of Japan, necessarily absent) all the mandatories were present, and would be bound by any decisions taken,—since, according to the League voting rule, these had to be taken by unanimity. The terms of the resulting Resolution of 18 April 1946 will be considered in greater detail later, in connexion with the question whether they implied for the mandatories any *undertaking* of accountability to the United Nations in respect of their mandates as such. Suffice it for present purposes to say that after *recognizing* that, on the dissolution of the League, the latter’s “functions with respect to Mandated Territories will come to an end”, the Resolution merely *noted* that “Chapters XI, XII and XIII of the Charter of the United Nations embody principles corresponding to those declared in Article 22 of the Covenant of the League”,—and then went on to take note of the “expressed intentions” of the mandatories to continue to administer their mandates “in accordance with the obligations contained” in them, “until other arrangements have been agreed between the United Nations and the

auparavant la Commission permanente des mandats en ce qui concerne la réception et l'examen des rapports soumis par les Puissances mandataires sur les territoires sous mandat qui n'auraient pas été placés sous le régime de tutelle en vertu d'accords de tutelle, jusqu'au moment où le Conseil de tutelle sera constitué et remplira à son tour une fonction analogue ».

Mais, après les avoir déposées, la délégation des Etats-Unis n'a plus rien fait au sujet de ces propositions. En fait la Commission préparatoire a recommandé et l'Assemblée générale a adopté la résolution XI dont je fais état à la fin du paragraphe 39 ci-dessus et dont les passages pertinents sont intégralement cités dans *C.I.J. Recueil 1962*, page 624. Cette résolution s'adressait aux « Etats qui administrent des territoires en vertu d'un mandat », mais elle se bornait à accueillir avec satisfaction les déclarations de « certains » d'entre eux qui avaient manifesté l'intention de placer des territoires sous mandat sous le régime de tutelle et à inviter tous ces Etats à négocier à cette fin des accords de tutelle conformément à l'article 79 de la Charte: pas un mot sur ce qu'il fallait faire dans l'intervalle, pas un mot sur la situation des territoires sous mandat pour lesquels, le cas échéant, cette invitation n'était pas acceptée et n'allait pas l'être. Ce point d'histoire confirme l'existence d'une politique délibérée consistant à ne rien dire des mandats en tant que tels.

ii) *Résolution finale de la Société des Nations du 18 avril 1946*

41. C'est précisément cette attitude qui s'est manifestée chez les Membres de l'ONU qui étaient également Membres de la SdN lorsque, à ce titre, ils ont assisté à la dernière réunion de Genève où il devait être mis fin à l'activité de la SdN. L'occasion se présentait là encore d'adopter des décisions précises sur les mandats: exception faite du Japon qui était nécessairement absent, tous les mandataires étaient assemblés et allaient se trouver liés par les décisions éventuellement prises puisque, comme il était de règle à la SdN, ces décisions devaient être adoptées à l'unanimité. Je reviendrai sur les détails de la résolution du 18 avril 1946 quand je rechercherai si elle supposait que les mandataires s'engageaient à rendre compte à l'*Organisation des Nations Unies* pour leurs mandats en tant que tels. Il suffira ici de rappeler que cette résolution, après avoir reconnu que la dissolution de la SdN « mett[ait] fin à ses fonctions en ce qui concerne les territoires sous mandat », s'est contentée de noter que « des principes correspondant à ceux que déclare l'article 22 du Pacte [étaient] incorporés dans les chapitres XI, XII et XIII de la Charte des Nations Unies », pour noter ensuite que les mandataires avaient « exprimé leur intention » de continuer à administrer leurs mandats « conformément aux obligations contenues » dans ceux-ci « jusqu'à ce que de nouveaux arrangements soient pris entre les Nations Unies et les divers [mandataires] ».

respective [mandatories]”—again an allusion to, and a looking towards, the trusteeship system which, under the Charter, required the negotiation of trusteeship *agreements*. The interim position, and the position concerning any mandates in respect of which no trusteeship agreements were negotiated, was thus left to the operation of an ambiguous general formula, the precise effect of which (to be considered later) has been in dispute ever since.

42. The view that it was once more the trusteeship system that those concerned had in mind is borne out by the fact that the Board of Liquidation set up by the League Assembly to dispose of the League's assets—in handing over the archives of the League's mandates section to the United Nations—said in a report, the relevant part of which was entitled “*Non-Transferable Activities, Funds and Services*”—(my italics), that these archives “should afford valuable guidance to those concerned with the administration of the *trusteeship* [not the mandates] *system*”—my italics). It then also declared that “the mandates system inaugurated by the League has thus been brought to a close” (L. of N. doc. C.5.M.5., p. 20). In short, as Lord McNair said in 1950 (*I.C.J. Reports 1950*, p. 161), in a very pertinent verdict on the April 1946 resolution, it

“... recognized that the functions of the League had come to an end; but it did not purport to transfer them . . . to the United Nations” (my italics) ²⁸.

After adding that he did not see how this resolution could “be construed as having created a legal obligation . . . to make annual reports to the United Nations and to transfer to that Organization . . . the supervision of [the mandates]” he concluded that: “*At the most, it could impose an obligation to perform those obligations . . . which did not involve the activity of the League*”—(my italics).

43. There were however two further circumstances which suggest conclusively that no interim *mandates* régime was contemplated at Geneva—

(a) *The “Chinese” draft*—In the first place (and what must resolve all doubts) is the fact that quite a different type of resolution had previously been proposed but not proceeded with. This was what has become known in the annals of the SW. Africa complex of cases as the “Chinese” or “Liang” draft, from its source of origination, and it was in complete contrast to what was eventually adopted. It ran as follows:

²⁸ In other words there was (it cannot too often be repeated) no assignment, so that the acceptance of a *new* party to the Mandate (the United Nations) by way of novation needed the Mandatory's consent.

Il s'agissait là encore d'une anticipation et d'une allusion au régime de tutelle qui, conformément à la Charte, exigeait la négociation d'*accords* de tutelle. Entre-temps, et s'agissant de tout mandat pour lequel il n'était pas négocié d'accord de tutelle, on s'en remettait à l'application d'une formule générale et ambiguë, dont l'effet précis, que j'étudie plus loin, n'a jamais cessé de prêter à controverse.

42. L'idée que c'était une fois de plus au régime de tutelle que les intéressés songeaient trouve sa confirmation dans le fait que le Comité de liquidation créé pour liquider les avoirs de la SdN a dit — en remettant à l'ONU les archives de la section des mandats de la SdN, dans un rapport dont le passage pertinent s'intitulait « *Activités non transférables, fonds et services* » (les italiques sont de nous), que ces archives « donneraient des indications précieuses à ceux qui seraient chargés de l'administration du *régime de tutelle* [et non du système des mandats] » (les italiques sont de nous). Ce même Comité de liquidation a déclaré en outre que « le système des mandats inauguré par la SdN avait ainsi pris fin » (SdN, doc. C.5.M.5., p. 20). Bref, comme l'a dit en 1950 lord McNair (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 161), en portant un jugement très pertinent sur la résolution d'avril 1946, l'Assemblée

« reconnaissait que les fonctions de la Société des Nations avaient pris fin; mais *elle ne se proposait pas de les transférer ... aux Nations Unies* » (les italiques sont de nous) ²⁸.

Après avoir ajouté qu'il ne voyait pas comment « on peut interpréter cette résolution comme ayant créé une obligation juridique ... de présenter des rapports annuels aux Nations Unies et de transférer à cette Organisation la surveillance [exercée sur les mandats] », lord McNair concluait : « *tout au plus cette résolution pouvait-elle imposer le devoir de s'acquitter des obligations ... qui ne font pas intervenir l'activité de la Société des Nations* » (les italiques sont de nous).

43. Deux autres éléments permettent par ailleurs de soutenir de façon concluante qu'il n'a pas été envisagé à Genève de créer de système intérimaire de mandats.

a) *Le « projet chinois »*. — Il y a tout d'abord le fait, qui doit dissiper tous les doutes, qu'une résolution d'un type tout différent avait été auparavant proposée mais qu'il ne lui avait pas été donné suite. C'était la proposition, radicalement différente de celle qui a été finalement adoptée, que, dans les annales de l'ensemble des affaires relatives au Sud-Ouest africain, on appelle désormais d'après ses origines le « projet chinois » ou le « projet Liang ». Cette proposition s'énonçait comme suit :

²⁸ En d'autres termes, et on ne le répétera jamais assez, il n'y eut pas cession, de sorte que l'acceptation d'une partie *nouvelle* au mandat (l'Organisation des Nations Unies) à la suite d'une novation aurait exigé le consentement du mandataire.

“The Assembly,

Considering that the Trusteeship Council has not yet been constituted and that all mandated territories under the League have not been transferred into trusteeship territories;

Considering that the League’s function of supervising mandated territories should be *transferred* to the United Nations, *in order to avoid a period of inter-regnum in the supervision* of the mandatory régime in these territories;—(my italics),

Recommends that the mandatory powers as well as those administering ex-enemy mandated territories shall continue to submit annual reports to the United Nations and to submit to inspection by the same until the Trusteeship Council shall have been constituted.”

Although this proposal would have required amendment on account of certain technical errors and defects, it needs but a glance to see that, had the *substance* of it been adopted, it would have done precisely what has since so continually and tediously been claimed as having been done by the Resolution actually adopted on 18 April 1946. It would have imposed upon the mandatories an obligation at least to seek United Nations supervision and submit to it, if forthcoming, during what the proposal termed the “period of inter-regnum” in respect of mandates. Whether the United Nations would have accepted the suggested function—and naturally no resolution of the League could have compelled it to do so—is beside the point. The inescapable fact remains that, for whatever reason (and that reason does not appear upon the record) the proposal was not adopted; and matters cannot therefore, in law, be exactly the same as if it had been. If any further proof were needed it could be found in the fact that Dr. Liang himself, in speaking on the Resolution of 18 April 1946, as actually adopted, recalled his earlier (non-adopted) draft, and, after stating that the trusteeship articles of the United Nations Charter were “based largely upon the principles of the mandates system”, added “*but the functions of the League in that respect were not transferred automatically to the United Nations*”—(my italics). Therefore, he said, the Assembly of the League should “take steps to secure the continued application of [those] principles”. But in fact the Assembly of the League, like the Assembly of the United Nations, decided to rely for that purpose on the (non-obligatory) conversion of mandates into trusteeships, or else on Article 73 (*e*) of the Charter to which I now come.

(b) *The reference to Chapter XI of the Charter in the Resolution of 18 April 1946*—This is the second significant circumstance showing how minds were working at Geneva in April 1946. The Resolution of 18 April (paragraph 3—see *ante* paragraph 41) referred not only to Chapters XII

« L'Assemblée,

Considérant que le Conseil de tutelle n'a pas encore été constitué et que tous les territoires sous mandat de la Société des Nations n'ont pas encore été transformés en territoires sous tutelle;

Considérant qu'il y aurait lieu, *afin d'éviter toute interruption dans la surveillance du régime des mandats* dans ces territoires, de *transférer* à l'Organisation des Nations Unies les fonctions assumées à cet égard par la Société des Nations [les italiques sont de nous];

Recommande que les Puissances mandataires ainsi que les Puissances administrant des territoires sous Mandat ex-ennemi continuent à présenter aux Nations Unies des rapports annuels et acceptent que ces territoires soient inspectés par l'Organisation, jusqu'au moment où le Conseil de tutelle aura été constitué. »

Cette proposition aurait appelé des amendements parce qu'elle contenait certaines erreurs d'ordre technique, mais il suffit d'un coup d'œil pour voir que, si l'on en avait retenu la substance, elle aurait accompli précisément ce qu'on prétend depuis lors, avec une constance si lassante, avoir été accompli par la résolution qui a été adoptée en fait le 18 avril 1946. Cette « résolution chinoise » aurait imposé aux mandataires au moins l'obligation d'offrir d'accepter la surveillance de l'ONU et de s'y soumettre effectivement, le cas échéant, tant que durerait ce que la proposition appelait une « interruption » relativement aux mandats. Quant à savoir si l'ONU aurait ou non accepté d'assumer cette fonction — car ce n'est évidemment pas une résolution de la SdN qui aurait pu l'y contraindre — la question est sans pertinence. Le fait certain est que, pour une raison quelconque qui ne ressort pas du compte rendu, la proposition n'a pas été adoptée; les choses ne peuvent donc pas être en droit exactement les mêmes que si elle l'avait été. Si l'on avait besoin d'une preuve supplémentaire, on pourrait la trouver dans le fait qu'à propos de la résolution du 18 avril 1946 telle qu'elle a été adoptée, M. Liang lui-même a rappelé son texte antérieur non adopté et, après avoir dit que les articles de la Charte des Nations Unies sur la tutelle étaient fondés « en grande partie sur les principes du système des mandats », a ajouté « *mais les fonctions pertinentes de la Société n'ont pas été transmises automatiquement aux Nations Unies* » (les italiques sont de nous). Par suite, a-t-il dit, l'Assemblée de la Société des Nations « devrait prendre des mesures pour assurer la continuité d'application des principes du système des mandats ». Mais en fait l'Assemblée de la SdN comme l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé de s'appuyer à cet effet sur la conversion (non obligatoire) des mandats en tutelles, ou bien sur l'article 73 e) de la Charte dont je vais maintenant traiter.

b) *La référence au chapitre XI de la Charte dans la résolution du 18 avril 1946.* — Voici un second élément significatif qui montre quel a dû être le cours des idées à Genève en avril 1946. La résolution du 18 avril (par. 3 — voir ci-dessus par. 41) fait état non seulement des chapitres

and XIII of the Charter (trusteeships) but also to Chapter XI (non-self-governing territories). The reasons for this were given in the joint dissenting Opinion of 1962, at pages 541-545 of the 1962 volume of Reports, where attention was drawn to the virtual reproduction in the principal provision of Chapter XI (Article 73) of the language of Article 22, paragraph 1, of the League Covenant (both texts were set out for comparison in footnote 1 on p. 541 of that Opinion). The significance of the reference to Chapter XI in the Geneva Resolution—a reference that would otherwise have had no object—is as showing (i) that the delegates, including the various mandatories, regarded mandated territories as being in any event in the non-self-governing class, and (ii) that they regarded reporting under paragraph (e) of Article 73 as an alternative to the placing of mandated territories under trusteeship, *at least in the sense* of being something that would fill in the gap before the latter occurred, *or if it did not occur at all*. Furthermore, it had this advantage, that although it involved a less stringent form of reporting than specifically mandates or trusteeship reporting, and one moreover that did not involve actual accountability as such (see paragraph 59 below), it was *obligatory* for member States of the United Nations administering non-self-governing territories,—whereas the Charter created no obligation to place mandated or other territories under the trusteeship system. If therefore it be contended that there could not have been an intention to leave the “gap” totally unfilled, the answer is that this is how it was intended to be filled;—and there is evidence that several delegates and/or governments understood the matter in that sense (see *I.C.J. Reports 1962*, pp. 543-544). But equally clear it is that the gap was *not* intended to be filled on the basis that mandatories would, *as* mandatories, become accountable to the United Nations,—for if that had been the intention, the obvious course would have been followed of setting up an interim régime specifically for mandates as such, and inviting the United Nations to supervise it. There was therefore an implicit rejection of that course,—and if it is sought to explain matters (or explain them away) on the ground that the United Nations, being intent on the conversion of all mandates into trusteeships, would probably not have accepted the invitation, then surely this is an explanation that speaks for itself and can only confirm the view here put forward.

* * *

44. In relation to all these various attempts to bridge the gap between mandates and trusteeships, or alternatively to place continuing mandates on a more regular footing, the claim made in the Opinion of the Court is that their non-adoption did not necessarily imply a rejection of the underlying idea contained in them. I myself had always thought that the absolutely classic case of implied rejection was when a proposal had been considered and not proceeded with—it being, as a matter of

XII et XIII de la Charte concernant le régime de tutelle, mais aussi du chapitre XI visant les territoires non autonomes. L'explication en a été donnée dans l'opinion dissidente commune de 1962 (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 541-545), où il est souligné que la disposition essentielle du chapitre XI, à savoir l'article 73, reprend pratiquement mot pour mot l'article 22, paragraphe 1, du Pacte de la SdN (les deux textes sont reproduits aux fins de comparaison dans le même volume du *Recueil*, p. 541, note 1). La portée de cette référence au chapitre XI de la Charte dans la résolution de Genève, référence qui autrement serait sans objet, est qu'elle montre: i) que les délégations, notamment celles des divers pays mandataires, considéraient les territoires sous mandat comme relevant en tout état de cause de la catégorie des territoires non autonomes; ii) qu'à leur avis la présentation de rapports conformément à l'article 73, alinéa e), pouvait remplacer la mise sous tutelle des territoires sous mandat *en ce sens au moins* que cela permettrait de combler le vide avant la mise sous tutelle *ou dans le cas où il n'y aurait pas de mise sous tutelle*. Cette disposition avait en outre un avantage: si elle imposait de transmettre des rapports sous une forme moins contraignante que pour les territoires sous mandat ou les territoires sous tutelle et si en outre il ne s'agissait pas véritablement de rendre compte (voir par. 59 ci-après), elle était *obligatoire* pour les Etats Membres des Nations Unies administrant des territoires non autonomes, alors que la Charte n'obligeait pas à placer les territoires sous mandat ou autres sous le régime de tutelle. Par conséquent, lorsqu'on soutient que l'intention ne pouvait pas être de laisser subsister le « vide », la réponse est que c'est justement là la façon dont il devait être comblé; certains éléments donnent d'ailleurs à penser que plusieurs délégations et/ou gouvernements l'entendaient bien ainsi (voir *C.I.J. Recueil 1962*, p. 543-544). Mais il est tout aussi clair que l'intention n'était pas de combler le vide en rendant les mandataires *en tant que tels* responsables devant l'ONU; sinon, la solution évidente aurait été de créer un régime intérimaire concernant les mandats en tant que tels et d'inviter l'ONU à en surveiller l'application. Cette solution a donc été implicitement rejetée et, si l'on veut expliquer les choses, ou trouver une échappatoire, en disant que les Nations Unies, décidées à obtenir la transformation de tous les mandats en tutelles, n'auraient probablement pas accepté l'invitation, cette explication se passe de commentaire et ne peut que confirmer les vues exposées ici.

* * *

44. S'agissant de toutes ces tentatives tendant soit à combler l'écart entre mandats et tutelles, soit à régulariser la situation des mandats subsistants, l'avis de la Cour est que la non-adoption de ces diverses propositions n'impliquait pas nécessairement le rejet de l'idée dont elles procédaient. J'avais moi-même toujours pensé que le cas tout à fait classique du rejet implicite d'une proposition est celui où, une proposition ayant été examinée, il ne lui a pas été donné suite — étant entendu qu'en

law, quite irrelevant why²⁹. When an idea has been put forward, in much the same terms, on several different successive occasions, but not taken up, only the strongest possible contra-indications (if any there could be) would suffice to rebut the presumption—if not of rejection—at least of deliberate non-acceptation. If something is suggested but not provided for, the situation cannot be the same as if it had been. If there is a series of proposals substantially in the same sense, none of which is adopted, the quite different resolutions that eventually were adopted cannot be interpreted as having the same effect as those that were not. Even a non-jurist can hardly fail to admit the logic of these propositions.

(c) *Reasons for and significance of the United Nations attitude on mandates*

45. These persistent avoidances of any assumption of functions regarding mandates—even on an interim or temporary basis—are clear evidence of a settled policy of disinterest in anything to do with them that did not take the form of their conversion into trusteeships. This is borne out by an additional factor, namely that in spite of the considerations set out in paragraph 43 (b) above, the United Nations Assembly was, from the start, unwilling to allow that Article 73 of the Charter could be regarded as relating to mandated territories and, when it did receive reports about SW. Africa transmitted on that basis (see paragraphs 59 and 60 below), insisted on dealing with them through the Trusteeship Council. Individual episodes, occurring in isolation, might not have meant very much, but the cumulative effect of them, taken as a whole, is overwhelming, and can lead to only one conclusion; namely that the United Nations did not intend to take over any political function from the League except by special arrangements that were never made,—and that, as part of this policy, it did not want to become involved with mandates as such. This attitude was in fact understandable. In the first place, since the Charter made no express provision for the supervision of mandated territories by the United Nations, except if they were converted into trusteeships, which must be a voluntary act and could not be compelled, there was no legal basis upon which the Organization could claim to be *entitled* to supervise mandates not so converted. No separate machinery for doing so was instituted by the Charter, so that this would have had to be created *ad hoc*—with doubtful legality. To supervise *mandates* through the Trustee-

²⁹ At international conferences proposals are often not proceeded with because their originators realize that they would not be agreed to,—and this of course speaks for itself. Alternatively, they are often not proceeded with because, even though desirable in themselves, they would involve difficulties, or entail certain corresponding disadvantages;—but in that event a *choice* is made, and as a matter of law it cannot afterwards be claimed that “in reality” the proposal *was* accepted, or that at least it was not “truly” rejected. Such pleas are of a purely subjective character,—and psychology is not law.

droit le motif du rejet est sans pertinence²⁹. Quand une idée présentée à diverses reprises en termes presque identiques n'a pas été retenue, seules les raisons contraires les plus fortes, si tant est qu'elles existent, peuvent faire tomber la présomption qu'il y a eu sinon rejet, du moins non-acceptation délibérée. Si l'on a présenté une suggestion qui n'a pas été reprise dans une disposition expresse, la situation ne peut être la même que si elle l'avait été. Lorsqu'une série de propositions allant pour l'essentiel dans le même sens n'ont pas été retenues, les résolutions toutes différentes qui ont en définitive été adoptées ne sauraient s'interpréter comme ayant le même effet que les propositions non approuvées. Il n'est guère besoin d'être juriste pour se rendre à pareille logique.

c) *Motifs expliquant l'attitude de l'Organisation des Nations Unies sur les mandats et importance de cette attitude*

45. Le fait que l'on ait avec tant de persistance évité d'assumer toute fonction en matière de mandats — fût-ce à titre intérimaire ou temporaire — témoigne d'une volonté bien arrêtée de se désintéresser dans ce domaine de tout ce qui n'était pas conversion en tutelle. Un autre fait le confirme: l'Assemblée générale des Nations Unies s'est refusée dès le départ, malgré les considérations exposées au paragraphe 43 b) ci-dessus, à permettre que l'article 73 de la Charte soit interprété comme ayant trait aux territoires sous mandat; saisie de rapports sur le Sud-Ouest africain transmis à ce titre (voir par. 59 et 60 ci-dessous), elle a tenu à les faire examiner par le Conseil de tutelle. Des épisodes isolés n'auraient peut-être pas signifié grand-chose, mais l'effet cumulé de ces éléments pris ensemble devient irrésistible et ne permet qu'une conclusion: l'ONU n'avait l'intention de prendre en charge aucune fonction politique de la SdN en dehors d'arrangements spéciaux qui n'ont jamais été conclus et, en vertu de cette politique, elle ne voulait rien avoir à faire avec les mandats comme tels. Cette attitude peut se comprendre. Tout d'abord, du moment que la Charte ne prévoyait rien pour la surveillance des territoires sous mandat par l'ONU à moins qu'ils ne soient placés sous tutelle, ce qui devait être nécessairement un acte volontaire et ne pouvait être imposé, il n'y avait rien sur quoi l'Organisation pût se fonder en droit pour se prétendre *habilitée* à surveiller les mandats qui n'auraient pas été convertis en tutelles. La Charte n'instaurait à cette fin aucun mécanisme distinct, de sorte qu'il aurait fallu tout spécialement en créer un, dont la légalité eût été contestable. Faire surveiller les terri-

²⁹ Dans les conférences internationales, il arrive souvent que des propositions n'aient aucune suite parce que leurs auteurs ont constaté qu'elles ne seraient pas acceptées, ce qui se passe de commentaire. Ou encore il ne leur est pas donné suite parce que, même si elles sont en elles-mêmes opportunes, elles susciteraient des difficultés ou entraîneraient certains inconvénients; mais en pareil cas un *choix* est fait et, en droit, on ne peut pas soutenir ensuite que la proposition *a été* acceptée « en réalité » ou qu'à tout le moins elle n'a pas été « véritablement » rejetée. Ces arguments sont d'ordre purement subjectif: ne confondons pas droit et psychologie.

ship Council would have been tantamount to treating them as trust territories although they had not been placed under trusteeship, and did not have to be. In consequence, all efforts had to be concentrated on endeavouring to bring the various mandates into the trusteeship system.

46. Secondly, there cannot be any shadow of doubt that (apart from the general unwillingness to take over League functions) the reason for the reluctance to assume any role relative to mandates was the fear that to do so would or might tend to perpetuate the mandates system by acting as an inducement to mandatories to maintain the *status quo* and refrain from submitting to the trusteeship system (see *I.C.J. Reports 1962*, pp. 540-541). In this connexion a point to note—though only an incidental one—is that the latter system was in certain respects more onerous for the mandatories than the mandates system—in particular as regards the character and composition of the body that would be advising the supervisory authority. In the case of mandates, this was the Permanent Mandates Commission, which was made up of independent experts of great experience in such matters, acting in their personal capacity, not as representatives of their governments, and not acting under official instructions. In the case of the trusteeship system it was to be the Trusteeship Council, a political body consisting of representatives of governments acting under instructions³⁰. Be that as it may, it was evidently thought desirable to refrain from giving mandatories any excuse for not transferring their mandated territories to the trusteeship system, such as they might well have considered themselves to have had, if an alternative in the shape of an *ad hoc* continuation of the mandates system had been afforded them. There was in addition the psychological factor of avoiding any suggestion, even indirect, that, possibly, not all mandated territories would be transferred to trusteeship, such as might have been conveyed by making provision for that eventuality.

(d) *Conclusion as to the legal effects of this attitude*

47. Such then were the reasons for the United Nations attitude about mandates. But to establish the *reasons* for something is not to cancel out the *result*, as the Opinion of the Court often seems to be trying to maintain. Reliance on the proposition that, to find a satisfactory explanation of *why* a proposal was not adopted, is equivalent to demonstrating that it was not really *rejected*;—and so it must be treated as if it had “really” been *adopted*, cannot enhance respect for law as a discipline.

³⁰ This of course was mitigated by the fact that half the members of the Trusteeship Council had to consist of representatives of administering Powers.

toires sous mandat par le Conseil de tutelle eût été les traiter comme des territoires sous tutelle, alors même qu'ils n'avaient pas été placés sous le régime de tutelle, ce à quoi rien n'obligeait. Aussi fallait-il faire porter tous les efforts sur la transformation des mandats en tutelles.

46. En second lieu, il n'y a pas l'ombre d'un doute que, mis à part le peu de disposition à reprendre des fonctions de la SdN, on répugnait spécialement à assumer un rôle en matière de mandats parce qu'on craignait, ce faisant, de tendre à perpétuer ou de risquer de perpétuer le système des mandats en encourageant les mandataires à s'en tenir au *statu quo* et à ne pas se soumettre au régime de tutelle (voir *C.I.J. Recueil 1962*, p. 540-541). A ce sujet, un point à noter, encore qu'incident, est que le régime de tutelle était à certains égards plus contraignant pour les mandataires que le système des mandats, en particulier pour ce qui concerne la nature et la composition de l'organisme devant assister l'autorité de surveillance. Dans le cas des mandats, c'était la Commission permanente qui remplissait ce rôle et elle était composée d'experts indépendants particulièrement expérimentés, agissant à titre personnel et non pas en tant que représentants gouvernementaux tenus par des instructions officielles. Dans le régime de tutelle, ce serait le Conseil de tutelle qui jouerait ce rôle, c'est-à-dire un organe politique composé de représentants gouvernementaux agissant sur instructions³⁰. En tout état de cause, on estimait manifestement utile de ne donner aux mandataires aucun prétexte pour ne pas placer sous tutelle leurs territoires sous mandat, et un tel prétexte leur eût peut-être été fourni si on leur avait offert comme second choix la possibilité de prolonger le système des mandats. Il fallait compter en outre avec un élément psychologique: la nécessité de ne pas laisser entendre, fût-ce indirectement, que les territoires sous mandat ne seraient peut-être pas tous placés sous le régime de tutelle, ce qu'on risquait de faire en adoptant des dispositions expresses en vue de cette éventualité.

d) *Conclusions relatives aux effets juridiques de cette attitude de l'Organisation des Nations Unies*

47. Voilà donc comment s'explique l'attitude de l'Organisation des Nations Unies au sujet des mandats. Mais trouver l'explication d'un phénomène, ce n'est pas en effacer le *résultat*, contrairement à ce que l'avis consultatif de la Cour semble souvent laisser croire. Dire que, si l'on trouve une explication satisfaisante du rejet de telle ou telle proposition, c'est comme si l'on démontrait que la proposition n'a pas été véritablement *rejetée*, et qu'il convient donc de considérer ladite proposition comme « véritablement » *adoptée* n'est pas de nature à accroître le respect que peut inspirer le droit en tant que discipline.

³⁰ Toutefois le Conseil de tutelle se composait pour moitié de représentants des puissances administrantes.

48. What in actual fact did occur in the United Nations, in the period 1945/1946, was that the Assembly, in full awareness of the situation, made an *election*—or choice. The election, the choice, was this: it was, so far as the United Nations was concerned, to be “trusteeship” (though not obligatory trusteeship). The taking over of mandates on any other basis was, in effect, rejected. That being so, it was not thereafter *legally* possible to turn round and say, as regards any mandated territory not placed under trusteeship, that although the United Nations had not been given the right to supervise the administration of the territory as a trust territory, it nevertheless had the right to supervise it as a mandated territory. This would simply be an indirect way of in effect making trusteeship compulsory, which it was not, and was never intended to be. It would be like allowing the man who draws the short straw to take the long one also! There is an unbridgeable inconsistency between the two positions. Despite various warnings, there was an expectation—or hope—that, in the end, trusteeship for all mandates would come about; but the risk that it might not do so had to be accepted. In the event this expectation or hope was realized except in the case of SW. Africa. The failure in this one case may have been very annoying or even exasperating,—but it could not afford juridical ground for deeming the United Nations *ex post facto* to be possessed of supervisory functions in respect of mandated territories which were not provided for in the Charter (outside the trusteeship system), and which the Organization deliberately, and of set purpose, refused to assume. In short, so far as SW. Africa was concerned, the United Nations backed the wrong horse,—but backing the wrong horse has never hitherto been regarded as a reason for running the race over again!

49. The basic mistake in 1945/1946 was of course the failure either to make the conversion of mandates into trusteeships obligatory for Members of the United Nations, or else expressly to set up an interim régime for non-converted mandates. But by the time *political* awareness of this mistake was fully registered, it was already legally too late;—neither of these things having been done (because in effect the United Nations had preferred to trust to luck) it is hardly possible now to treat the situation virtually as if one of them had been. There is surely a limit to which the law can admit a process of “having it both ways”. The cause of law is not served by failing to recognize that limit.

* * *

50. If the foregoing considerations are valid, it results that there is one and only one way in which the United Nations could have become invested with any supervisory function in respect of mandates, and that is by the consent of the mandatory concerned. Whether this was ever given by South Africa will now be considered.

48. Ce qui en fait s'est passé à l'ONU, pendant la période 1945-1946, c'est que l'Assemblée générale, parfaitement consciente de la situation, a fait un *choix*. Ce choix était le suivant: pour l'ONU, la solution devait être la *tutelle*, encore que cette tutelle ne fût pas obligatoire. On a donc en fait refusé de s'occuper des mandats sous toute autre forme quelle qu'elle fût. Dans ces conditions, il n'était plus possible en *droit* de faire volte-face et de dire que, pour tel territoire sous mandat qui n'avait pas été placé sous le régime de tutelle, même si les Nations Unies n'avaient pas reçu le droit d'en surveiller l'administration comme s'il s'agissait d'un territoire sous tutelle, elles avaient néanmoins celui d'en surveiller l'administration à titre de territoire sous mandat. C'eût été tout simplement un moyen indirect de rendre la tutelle obligatoire, alors qu'elle ne l'était pas et n'a jamais été censée l'être. C'eût été promettre à celui qui avait tiré la courte paille de prendre la longue aussi! Les deux situations sont totalement inconciliables. Malgré divers avertissements, on comptait fermement — on espérait tout au moins — qu'en définitive tous les mandats seraient transformés en tutelles; mais il y avait un risque, celui de voir cet espoir déçu, et il a fallu l'accepter. Il se trouve que cette attente ou cet espoir ont été comblés sauf dans le cas du Sud-Ouest africain. Cet unique échec a peut-être été très irritant, voire exaspérant, mais il ne saurait fournir aucun motif juridique pour considérer que l'ONU détient *ex post facto*, en ce qui concerne les territoires sous mandat, des pouvoirs de surveillance qui n'étaient pas prévus dans la Charte (en dehors du régime de tutelle) et que l'Organisation a de propos délibéré refusé d'exercer. En bref, dans le cas du Sud-Ouest africain, l'ONU a parié sur le mauvais cheval, mais parier sur le mauvais cheval n'a jamais encore paru une raison suffisante de faire recourir toute la course!

49. L'erreur fondamentale commise en 1945-1946 a évidemment été soit de ne pas rendre obligatoire pour les Etats Membres des Nations Unies la conversion des mandats en tutelles, soit de ne pas créer expressément, à défaut, un régime transitoire s'appliquant aux mandats non transformés. Quand on a pris *politiquement* conscience de l'erreur commise, il était juridiquement déjà trop tard pour la réparer; ni l'une ni l'autre des solutions susvisées n'ayant été adoptée, parce qu'en fait l'ONU a préféré s'en remettre au sort, il n'est plus guère possible aujourd'hui de faire pratiquement comme si l'une ou l'autre l'avait été. En droit, on ne peut gagner sur les deux tableaux au-delà d'un certain point. Ce n'est pas servir la cause du droit que de ne pas le reconnaître.

* * *

50. Si les considérations ci-dessus sont valables, l'ONU n'aurait pu être investie d'un pouvoir de surveillance en ce qui concerne les mandats que d'une seule façon: par le consentement du mandataire intéressé. Je me propose d'examiner à présent si l'on peut dire que l'Afrique du Sud n'a jamais donné ce consentement.

5. *The issue of consent to accountability
and United Nations supervision*

(a) *General principles*

(i) *Absence of any true basis
of consensus*

51. The question of consent can strictly speaking be disposed of in one sentence,—for, once it is clear that at the time, the United Nations was not accepting, was not wanting to assume any function in respect of mandates as such, was in fact aiming at the total disappearance of the mandates system,—it follows that there was nothing for the mandatory to consent to in respect of mandates, unless they were willing to start negotiations for the conclusion of trusteeship agreements, which they were not obliged to do. As Judge Read said (in *I.C.J. Reports 1950*, p. 171) speaking of events at an even later date (November 1946-May 1948), it was doubtful “whether the General Assembly was willing, *at any stage* [my italics], to agree to any arrangement that did not involve a trusteeship agreement . . .”. In these circumstances there was no basis of consensus for any arrangement involving United Nations supervision of mandates as *mandates*. It would have been necessary for the mandatory’s “consent” to have taken the form of a positive petition or plea, which would unquestionably have received the answer that if the mandatory wanted, or was prepared to accept, United Nations supervision, all it had to do was to negotiate a trusteeship agreement.

(ii) *A Novation was involved*

52. Several references have been made to this principle, which I believe has not, as such, been invoked in the previous proceedings before the Court except (implicitly) by Lord McNair and Judge Read in 1950. As has been seen in paragraphs 41 and 42 above, the League declared its functions with respect to mandates to be “at an end” and that the system “inaugurated by the League” had been “brought to a close”. There was no assignment in favour of the United Nations of mandates as such,—nor could there have been without the consent of the mandatory, for what would have been involved was a new and different party and therefore, in effect, something in the nature of novation of the obligation. It is well established in law that a novation which involves the acceptance of a new and different party, needs consent in order to be good as such;—and, moreover, consent unequivocally and unambiguously expressed, or at least evidenced by unequivocal acts or conduct. It is in the light of this requirement that the question of consent must be viewed.

5. *Question de l'acceptation de l'obligation de rendre compte
et du rôle de surveillance de
l'Organisation des Nations Unies*

a) *Principes généraux*

i) *Défaut de base réelle
de consentement*

51. A strictement parler, la question du consentement peut être réglée en une phrase: dès lors qu'il est clair qu'à l'époque l'ONU n'avait accepté et ne souhaitait assumer aucune fonction relativement aux mandats en tant que tels et que son objectif était en fait l'élimination totale du système des mandats, il s'ensuit qu'il n'y avait pas lieu pour les mandataires de consentir à quoi que ce soit se rapportant aux mandats, à moins d'être disposés à entamer des négociations en vue de conclure des accords de tutelle, ce qu'ils n'étaient pas obligés de faire. Comme M. Read l'a dit (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 171) à propos d'événements survenus à une date plus tardive encore (novembre 1946-mai 1948), on pouvait se demander « si l'Assemblée générale était désireuse à *aucun moment* de souscrire à un accord qui n'impliquait pas un accord de tutelle » (les italiques sont de nous). Dans ces conditions, il n'y avait aucune raison de consentir à des arrangements impliquant l'exercice par l'ONU d'une surveillance sur les mandats *en tant que tels*. Il aurait fallu que le « consentement » du mandataire prit la forme d'une demande ou d'une démarche positive, qui aurait inmanquablement appelé la réplique, que, si le mandataire désirait se soumettre à la surveillance de l'ONU ou était disposé à l'accepter, il lui suffisait de négocier un accord de tutelle.

ii) *Il y a eu novation*

52. Plusieurs allusions ont été faites à ce principe qui, je crois, n'a jamais été invoqué en tant que tel au cours des précédentes procédures devant la Cour, sauf implicitement par lord McNair et M. Read en 1950. Comme nous l'avons vu aux paragraphes 41 et 42 ci-dessus, la SdN avait déclaré que ses fonctions relatives aux mandats avaient « pris fin » et que le système « inauguré par la Société des Nations » avait « ainsi pris fin ». Aucune fonction n'avait été transmise à l'ONU au sujet des mandats en tant que tels; cela n'aurait d'ailleurs pu se faire sans le consentement des mandataires, vu qu'une des parties aurait changé, ce qui supposait en pratique une novation dans le caractère de l'obligation. Il est constant en droit qu'une novation impliquant la reconnaissance d'une partie nouvelle et différente n'est valable que s'il y a consentement, et même un consentement sans équivoque ni ambiguïté ou du moins manifesté par des actes ou une conduite non équivoques. C'est par rapport à cette exigence qu'il convient d'examiner la question du consentement.

(iii) "*Statements of Intention*" and their legal effect

53. Given what has been said in the preceding paragraph concerning what would be needed in the present context in order to afford adequate evidence of consent, there is no need here to consider in detail the many so-called statements of intention made on behalf of South Africa and other mandatories in 1945 and 1946, indicative of their general attitude as to the future of their mandates, from which implications have been sought to be drawn in the sense of an acceptance or recognition of a United Nations function in respect of mandates as such—i.e., mandates not converted into trusteeships,—for hardly any of them is free from ambiguity. I therefore agree with Lord McNair's verdict in 1950 (*I.C.J. Reports 1950*, p. 161) that there were "also many statements to the effect that the Union Government will continue to administer the Territory 'in the spirit of the Mandate'. These statements are in the aggregate contradictory and inconsistent;" and, he continued, he did not "find in them adequate evidence that the Union Government has either assented to an implied succession by the United Nations . . . or has entered into a new obligation . . .". I would however go further, and say that the various statements made, not only on behalf of South Africa but on behalf of the other mandatories (see next paragraph), taken broadly in the mass (many of them are given at various places from pp. 616-639 of the 1962 volume of the Court's Reports) show the following common characteristics: (a) they are statements of general attitude, insufficient, and not purporting, to convey any definite undertaking; (b) if there was any undertaking, it was to continue to *administer* the mandated territories concerned in accordance with the mandates,—and the administration of a mandate is of course a separate thing from reporting *about* that process³¹; and (c) they none of them implied any recognition of the existence of a United Nations function relative to mandates, or any undertakings towards that Organization. I shall now consider the three episodes or complexes of episodes that have chiefly been relied on as indicative of South African recognition of accountability to the United Nations but which, in my view, do not justify that conclusion.

³¹ There was an inherent ambiguity in all those phrases whereby the mandatories said that they would continue to observe the mandates according to their terms, or to observe all the obligations of the mandates; because so far as the reporting obligation was concerned, this was, under the mandates, an obligation to report to the League Council, still in being up to 18 April 1946. Up to that date therefore, any mandatory was entitled to interpret its declaration in that sense, and after that date to interpret it as being no longer possible of execution on the basis of the mandate itself. What is quite certain is that, at the time, no one, whether mandatory or not, read these declarations as involving an undertaking then and there to report to the Assembly of the United Nations.

iii) Les « déclarations d'intention » et leur effet juridique

53. Etant donné ce que j'ai dit au paragraphe précédent au sujet des conditions qui auraient été requises dans le contexte actuel pour faire la preuve du consentement, je n'ai pas à examiner en détail les nombreuses « déclarations d'intention » qui ont été faites par l'Afrique du Sud et d'autres mandataires en 1945 et en 1946 pour manifester leur attitude générale quant à l'avenir de leurs mandats et dont on a cherché à déduire l'acceptation ou la reconnaissance d'une fonction conférée à l'ONU en ce qui concerne les mandats en tant que tels — ceux du moins qui n'avaient pas été remplacés par des accords de tutelle —, car parmi ces « déclarations d'intention » il n'en est virtuellement aucune qui soit exempte d'ambiguïté. Je fais donc mienne la conclusion formulée par lord McNair en 1950 (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 161):

« On trouve également de nombreuses déclarations selon lesquelles le Gouvernement de l'Union continuera à administrer le Territoire « dans l'esprit du Mandat ». Ces déclarations sont, dans l'ensemble, contradictoires et peu compatibles les unes avec les autres; je n'y trouve aucune preuve suffisante, démontrant que le Gouvernement de l'Union ait ou bien accepté la succession, par implication, des Nations Unies ... ou qu'[il] ait contracté ... une nouvelle obligation. »

J'irai cependant plus loin et je dirai que, considérées dans leur ensemble les déclarations faites non seulement au nom de l'Afrique du Sud mais aussi au nom des autres mandataires (mentionnées au paragraphe suivant et reprises pour une bonne part dans *C.I.J. Recueil 1962*, p. 616-639 *passim*) présentaient les caractéristiques communes suivantes: a) il s'agissait de prises de position générales insuffisantes pour établir un engagement précis et n'y prétendant pas; b) à supposer que des engagements aient été pris, ils consistaient à continuer à *administrer* des territoires sous mandat conformément aux mandats, et administrer est évidemment tout autre chose que de présenter des rapports *concernant* l'administration³¹; c) aucune de ces déclarations n'a reconnu une fonction en matière de mandats à l'ONU et n'a visé un engagement quelconque envers cette organisation. J'en viens maintenant aux trois épisodes ou séries d'épisodes qui ont été principalement invoqués comme indiquant que l'Afrique du Sud s'était reconnu des responsabilités à l'égard des Nations Unies, mais qui ne me semblent pas justifier cette conclusion.

³¹ Il y avait une ambiguïté intrinsèque dans toutes les phrases par lesquelles les mandataires déclaraient qu'ils continueraient à observer les termes des accords de mandat ou à respecter toutes les obligations qui y étaient prévues; en effet, aux termes des mandats, l'obligation de faire rapport visait le Conseil de la SdN, lequel a existé jusqu'au 18 avril 1946. Tout mandataire pouvait donc interpréter sa déclaration en ce sens jusqu'à cette date et l'interpréter ensuite comme n'admettant plus aucune possibilité d'exécution sur la base du mandat lui-même. Ce qui est certain, c'est qu'à l'époque personne, mandataire ou non, n'a interprété ces déclarations comme des engagements formels de faire rapport à l'Assemblée générale des Nations Unies.

(b) *Particular Episodes*(i) *The final League of Nations
Resolution of 18 April 1946*

54. Features (a), (b) and (c), as set out in the preceding paragraph, strongly characterized the Geneva proceedings ending in the final League of Nations Resolution of 18 April 1946³², on paragraphs 3 and 4 of which such heavy reliance was placed both in the 1950 and 1962 proceedings before the Court, and again now. Its effect has already been considered (paragraphs 41-43 above) in the related but separate context of the attitude of the States concerned on the question "mandates or trusteeships?" The question now is what if any undertakings for mandatorys were implied by its paragraph 4 which is the operative one in the present connexion. This classic of ambiguity (text in footnote 32) consists essentially of a *recital* describing a situation. Since it merely "takes note" of something—namely the "expressed intentions of the [mandatorys]", it does not of itself impose any obligations, so that the question is what these "expressed intentions" themselves were, and whether they amounted to binding undertakings, and if so to what effect. The statement made on behalf on South Africa is quoted in the next succeeding paragraph, and a summary of the key phrases used by the other mandatorys will be found in footnote 2 on page 528 of the 1962 volume of the Court's Reports. Their vague and indeterminate character is immediately apparent³³. As summed up and described in paragraph 4 of the League resolution of 18 April 1946, the intentions expressed had nothing to do with the acceptance of United Nations supervision. They were, simply, "to administer [the territories] for the well-being and development of the peoples concerned". The further words "in accordance with the obligations contained in the respective mandates" at once involve the ambiguities to which attention has been drawn in paragraph 53 and footnote 31 above. These words *need* mean, and were almost certainly intended by

³² The full text of this resolution is given in footnote 1 on pp. 538-539 of the 1962 volume of the Court's Reports. It can be seen at a glance that only paragraphs 3 and 4 are relevant in the present context. The terms of paragraph 3 have in effect been cited in paragraph 41 above. Paragraph 4 was as follows:

"4. Takes note of the expressed intentions of the members of the League now administering territories under mandate to continue to administer them for the well-being and development of the peoples concerned in accordance with the obligations contained in the respective mandates until other arrangements have been agreed between the United Nations and the respective mandatory powers."

³³ On the question whether, in consequence of this, the mandatorys were regarded as having entered into any definite agreement about the mandates, a detail worth noting is that whereas the various arrangements made between the League and the United Nations for the transfer of funds, buildings, archives, library, etc., were all registered under Article 102 of the Charter, nothing was registered in respect of mandates.

b) *Événements particuliers*i) *Résolution finale de la Société
des Nations adoptée le 18 avril 1946*

54. Ce qui vient d'être énoncé aux points *a)*, *b)* et *c)* du paragraphe précédent a fortement marqué les débats de Genève ayant précédé l'adoption de la résolution finale de la SdN en date du 18 avril 1946³², dont on a abondamment invoqué les paragraphes 3 et 4 au cours des affaires portées devant la Cour en 1950 et en 1962 et dans la présente affaire. Les effets de cette résolution ont déjà été étudiés (voir par. 41-43 ci-dessus) sous l'angle connexe, mais distinct, de l'attitude des Etats intéressés au choix entre le système des mandats et le régime de tutelle. Il s'agit maintenant de savoir si le paragraphe 4, qui est la clause pertinente dans le présent contexte, suppose une obligation à la charge des mandataires. Cette disposition, qui est devenue une classique de l'ambiguïté (voir texte à la note 32), consiste essentiellement à décrire une situation. Se bornant à « noter » quelque chose, à savoir « que [les mandataires] ... ont exprimé leur intention », elle n'impose en soi aucune obligation, de sorte qu'il s'agit de savoir quelles « intentions » ont été exprimées et de préciser si ces intentions équivalaient à des promesses formelles, dont le contenu, à supposer qu'elles aient été faites, reste à déterminer. La déclaration de l'Afrique du Sud est citée au paragraphe suivant et l'on trouvera un résumé de l'essentiel des déclarations des autres mandataires dans *C.I.J. Recueil 1962*, page 528, note 2. Leur caractère vague et indéterminé saute aux yeux³³. Telles qu'elles sont résumées et décrites dans le paragraphe 4 de la résolution de la SdN du 18 avril 1946, les intentions exprimées ne concernaient en rien l'acceptation de la surveillance des Nations Unies. Elles étaient simplement d'« administrer [les territoires], en vue du bien-être et du développement des peuples intéressés ». Le membre de phrase suivant: « conformément aux obligations contenues dans les divers mandats » entraîne immédiatement les

³² Le texte de cette résolution est repris *in extenso* dans *C.I.J. Recueil 1962*, p. 538-539, note 1. Il est évident que seuls les paragraphes 3 et 4 sont pertinents ici. Le libellé du paragraphe 3 est repris en substance au paragraphe 41 ci-dessus. Le paragraphe 4 était rédigé comme suit:

« 4. Note que les Membres de la Société administrant actuellement des territoires sous mandat ont exprimé leur intention de continuer à les administrer, en vue du bien-être et du développement des peuples intéressés, conformément aux obligations contenues dans les divers mandats, jusqu'à ce que de nouveaux arrangements soient pris entre les Nations Unies et les diverses Puissances mandataires. »

³³ Sur la question de savoir si, par suite de ces déclarations, les mandataires ont été considérés comme ayant souscrit à un accord précis relatif aux mandats, un point de détail qui mérite d'être noté est que, si les divers accords conclus entre la SdN et l'ONU pour le transfert de fonds, de locaux, d'archives, de bibliothèques, etc., ont tous été enregistrés en vertu de l'article 102 de la Charte, rien n'a été enregistré en ce qui concerne les mandats.

the mandatories to specify, no more than the obligations relative to administering “for the well-being and development . . .”, etc.,—for, as has already been noticed, reporting and supervision is *about* administration, not administration itself.

55. It is not upon flimsy and dubious foundations of this kind that binding undertakings (especially when dependent on unilateral declarations) can be predicated, more particularly where, as has been seen, a novation of an undertaking is involved, needing, in law, unambiguous consent. It is therefore instructive to see what, on this occasion, the “expressed intentions” of South Africa were, as stated by its delegate at Geneva on 9 April 1946 (*League of Nations Official Journal*, Special Supplement, No. 194, pp. 32-33). These were that, pending consideration of the South African desire, on the basis of the expressed wishes of the population, to incorporate SW. Africa in the territory of the Union (as it then was), the latter would in the meantime—

“ . . . continue to administer the territory scrupulously *in accordance with the obligations of the mandate, for the advancement and promotion of the interests of the inhabitants, as she has done during the past six years when meetings of the Mandates Commission could not be held.*”

The disappearance of [the] organs of the League concerned with the supervision of mandates, primarily the Mandates Commission and the League Council, will necessarily preclude complete compliance with the letter of the mandate. The Union Government will nevertheless regard the dissolution of the League as in no way diminishing its obligations under the mandate, which it will continue to discharge with . . . full and proper appreciation of its responsibilities until such time as other arrangements are agreed upon concerning the future status of the territory”—(my italics).

For those who enjoy parlour games, an interesting hour could be spent in trying to decide exactly what this statement, equally a classic of ambiguity, amounted to as regards any South African acceptance of *United Nations* supervision,—for that, of course, is the point. The italicized passage clearly excludes the idea,—presaging as it does the continuation of a situation that had already lasted six years, in which no reports had been rendered, because there was no active *League* authority to which they could be rendered. The remainder of the statement, and in particular the phrase “as in no way diminishing its obligations under the mandate”, involves precisely those ambiguities and uncertainties to which attention has already been drawn (footnote 31). To me it seems the very prototype of the non-committal, so far as concerns any recognition of accountability

équivoques signalées au paragraphe 53 et dans la note 31 ci-dessus. Ce qu'il signifie *nécessairement* — et c'était presque certainement le sens que leur attribuaient les mandataires — ne va pas au-delà d'une obligation d'administrer les territoires « en vue du bien-être et du développement » etc., car, comme nous avons déjà eu l'occasion de le noter, l'envoi de rapports et l'acceptation d'une surveillance *concernant* l'administration de territoires ne coïncident pas avec la notion d'administration elle-même.

55. Ce n'est pas sur des fondations si précaires et si incertaines, surtout quand il s'agit de déclarations unilatérales, que l'on peut établir que des engagements de caractère obligatoire ont été pris, d'autant plus que, comme nous l'avons vu, l'engagement en cause aurait fait l'objet d'une novation exigeant en droit un consentement dénué d'ambiguïté. Il est donc intéressant de voir quelles ont été les « intentions exprimées » le 9 avril 1946 au nom de l'Afrique du Sud par son représentant à Genève (SdN, *Journal Officiel*, supplément spécial n° 194, p. 32-33). Ces intentions étaient que, en attendant l'examen du désir manifesté par l'Afrique du Sud, sur la base des vœux exprimés par les habitants, d'incorporer le Sud-Ouest africain dans le territoire de l'Union (comme on disait à l'époque), celle-ci continuerait dans l'intervalle

« à administrer [le territoire] en se conformant scrupuleusement aux obligations du Mandat, afin d'assurer le progrès, et de sauvegarder les intérêts de ses habitants, comme elle l'a fait pendant les six années durant lesquelles la Commission des mandats n'a pu se réunir.

La disparition des organes de la Société des Nations qui s'occupent du contrôle des mandats, à savoir, en premier lieu, la Commission des mandats et le Conseil de la Société empêchera évidemment de se conformer entièrement à la lettre du Mandat. Le Gouvernement de l'Union se fera cependant un devoir de considérer que la disparition de la Société des Nations ne diminue en rien les obligations qui découlent du Mandat; il continuera à s'en acquitter en pleine conscience et avec le juste sentiment de ses responsabilités, jusqu'au moment où d'autres arrangements auront été conclus quant au statut futur de ce territoire. » (Les italiques sont de nous.)

Les amateurs de jeux de société pourraient passer une heure agréable à essayer de déterminer exactement ce que cette déclaration, autre modèle d'ambiguïté, signifie quant à l'acceptation par l'Afrique du Sud de la surveillance de l'*Organisation des Nations Unies*, car c'est cela que l'on veut établir. Le passage cité en italiques exclut clairement toute idée de ce genre, puisqu'il laisse présager le maintien d'une situation qui avait déjà duré six années au cours desquelles aucun rapport n'avait été présenté, faute d'organe actif de la *Société des Nations* à qui adresser des rapports. Le reste de la déclaration, et notamment l'expression « ne diminue en rien les obligations qui découlent du Mandat », implique précisément les ambiguïtés et les incertitudes sur lesquelles j'ai déjà attiré l'attention (note 31). Il me semble qu'il s'agit ici du prototype de ce qui n'engage à

to the United Nations, and I am unable to find in it any indication whatever of such recognition. I realize that on this matter, as on most others my view and the reasoning of the Court are operating on different wavelengths. Seeing in the South African statement a recognition of the existence of a continuing obligation towards the peoples of the mandated territory—the reasoning of the Court then makes the great leap;—*because* there was that degree of recognition there was also, and *therefore* a recognition of accountability to the United Nations. The lack of all rigour in this reasoning is evident. It involves exactly the same ellipses and telescopings of two distinct questions that characterized the reasoning of the Court in 1950, as already discussed in paragraphs 20-22 above. Nobody can have taken this declaration in that sense at the time, because everybody knew that United Nations supervision was to be exercised solely through the trusteeship system, and that there was no obligation to bring mandated territories within that system. This, to me, is one of the most decisive points in the whole case.

(ii) *Question of the incorporation
of SW. Africa as part of South Africa itself*

56. The approach made by South Africa to the United Nations in November 1946 for the incorporation in its own territory of SW. Africa on the basis of the expressed wishes of the inhabitants who had been consulted, constitutes the only episode which can plausibly be represented as a recognition—not indeed of accountability to the United Nations on a specifically mandates basis (nor, as will be seen, was it taken by the Assembly in that sense)—but of the existence, on a political basis, of a United Nations interest in matters having a “colonial” aspect. It was also a convenient way of obtaining a large measure of general international recognition for such an incorporation³⁴. This last aspect of the matter—that what was being sought through the United Nations was “international” recognition—had already been mentioned in another part of the statement cited in the preceding paragraph above, made on behalf of South Africa at Geneva earlier in the year, in which it was announced that at the next session of the United Nations Assembly there would be formulated “the case for according South West Africa a status under which it would be *internationally recognized* as an integral part of the Union [of South Africa]”—my italics.

57. This was not the first mention of the matter. The possibility of

³⁴ This would of course be far from being the first historical example of seeking a *political* recognition of the incorporation of territory without there being any obligation to do so.

rien en ce qui concerne la reconnaissance d'une responsabilité à l'égard de l'ONU et, pour ma part, je n'arrive pas à y découvrir la moindre indication d'une telle reconnaissance. Je me rends compte que, sur ce point comme sur la plupart des autres, ma pensée et le raisonnement de la Cour se situent sur des longueurs d'onde différentes. Voyant dans la déclaration de l'Afrique du Sud une reconnaissance de la persistance d'une obligation à l'égard des populations du territoire sous Mandat, la Cour fait alors un bond énorme dans son raisonnement: *puisque* une obligation était reconnue dans cette mesure, l'obligation de faire rapport à l'ONU l'était *donc* aussi. Il tombe sous le sens que ce raisonnement est dépourvu de toute rigueur logique. Il suppose les mêmes ellipses et télescopages de deux questions distinctes qui caractérisaient déjà le raisonnement de la Cour en 1950, comme je l'ai dit aux paragraphes 20-22 ci-dessus. Lorsque cette déclaration a été faite, personne n'aurait pu la comprendre en ce sens, parce que chacun savait que la surveillance de l'ONU devait s'exercer uniquement dans le cadre du régime de tutelle et qu'il n'était pas obligatoire d'appliquer ce régime aux territoires sous mandat. Pour moi c'est un des éléments les plus décisifs de toute l'affaire.

ii) *Question de l'incorporation
du Sud-Ouest africain à l'Afrique du Sud*

56. Un seul épisode pourrait être plausiblement interprété comme une reconnaissance, non point d'une responsabilité à l'égard de l'ONU dérivant directement du mandat (et, comme nous le verrons, l'Assemblée générale elle-même ne l'a pas entendu ainsi), mais de l'existence, sur le plan politique, de l'intérêt que l'ONU prenait à toutes les questions présentant un aspect « colonial »: c'est quand l'Afrique du Sud s'adressa à l'ONU en novembre 1946 en vue d'incorporer le Sud-Ouest africain dans son propre territoire conformément aux vœux des habitants qui avaient été consultés. C'était un moyen commode d'obtenir qu'une telle incorporation soit reconnue sur le plan international³⁴. Ce dernier aspect de la question, à savoir que ce qu'on cherchait à obtenir de l'ONU était la reconnaissance « internationale », avait déjà été mentionné dans un autre passage de la déclaration, citée au paragraphe précédent, qui avait été présentée au nom de l'Afrique du Sud à Genève à une date antérieure de la même année: il avait été annoncé alors que l'Afrique du Sud exposerait à la prochaine session de l'Assemblée générale des Nations Unies « les raisons pour lesquelles il conviendrait d'accorder au Sud-Ouest africain un statut aux termes duquel ce territoire serait *reconnu internationalement* comme formant partie intégrante de l'Union [sud-africaine] » (les italiques sont de nous).

57. Ce n'était pas la première fois qu'on abordait la question. La

³⁴ Ce ne serait évidemment pas le premier exemple historique d'une tentative visant à obtenir la reconnaissance *politique* de l'incorporation d'un territoire, sans qu'il y ait d'obligation à cet égard.

incorporation had been foreshadowed in the most explicit terms as far back as 11 May 1945 in the long and detailed statement then made by the representative of South Africa in Committee II/4 of the San Francisco Conference, which there is every reason to believe ³⁵ ended with a remark to the effect that the matter was being mentioned—

“... so that South Africa *may not afterwards be held to have acquiesced in the continuance of the Mandate* or the inclusion of the territory in any form of trusteeship under the new International Organisation”—(my italics).

From this, it was already clear that any definite approach to the United Nations incorporation, if and when made, would be a political one, on a voluntary basis, not in recognition of accountability.

58. When however the matter was raised in the Fourth Committee of the United Nations Assembly in November 1946 by Field-Marshal Smuts in person, it became clear that the probable reaction of the Committee would be a demand that the territory should be placed under trusteeship. Accordingly Field-Marshal Smuts later made a further statement in the course of which he said that:

“It would not be possible for the Union Government *as a former mandatory* to submit a trusteeship agreement in conflict with the clearly expressed wishes of the inhabitants. The Assembly should recognize that the implementation of the wishes of the population was the course prescribed by the Charter and dictated by the interests of the inhabitants themselves. If, however, the Assembly did not agree that the clear wishes of the inhabitants should be implemented, the Union Government could take no other course than to abide by the declaration it had made to the last Assembly of the League of Nations to the effect that it would continue to administer the territory as heretofore as an integral part of the Union, and to do so *in the spirit of the principles* laid down in the mandate”—(my italics).

Two things may be noted about this statement: *First* the speaker referred to South Africa as a “former” mandatory. Whether or not it was correct to speak of South Africa as not still being a mandatory is not the point. The point is that such a remark is quite inconsistent with any recognition

³⁵ The full text of this statement, which was only given summarily in the San Francisco records, appears in paragraph 4, Chapter VIII, of the South African written pleading in the present case. The text and provenance of the final observation, the inherently probable authenticity of which has never been challenged, appears in footnote 1 on page 9 of that pleading. The matter is also referred to in paragraph (5) on page 533 of the joint dissenting Opinion of 1962.

possibilité d'incorporation avait déjà été très clairement évoquée dès le 11 mai 1945 dans la déclaration longue et détaillée faite par le représentant de l'Afrique du Sud au comité II/4 de la conférence de San Francisco. Il y a tout lieu de croire³⁵ que cette déclaration se terminait par une remarque suivant laquelle, si cette possibilité avait été mentionnée, c'était

« afin que l'Union sud-africaine *ne puisse pas être considérée plus tard comme ayant accepté que le Mandat continue* ou que le territoire soit compris dans un système de tutelle quelconque établi par une nouvelle organisation internationale » (les italiques sont de nous).

On voit qu'il était déjà évident à l'époque que, si jamais il devait être question de soumettre à l'ONU une proposition concrète d'incorporation, ce serait là une initiative d'ordre politique prise de plein gré et non en raison d'une obligation reconnue de rendre compte.

58. Cependant, lorsque la question a été évoquée à la Quatrième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies en novembre 1946 par le maréchal Smuts en personne, il est apparu que la réaction probable de la commission serait d'insister pour que le territoire soit mis sous tutelle. C'est pourquoi le maréchal Smuts a fait une nouvelle déclaration, où il disait notamment :

« *Comme ancienne Puissance mandataire*, le Gouvernement de l'Union ne peut pas soumettre un accord de tutelle en opposition avec les vœux clairement exprimés des habitants. L'Assemblée doit reconnaître que la réalisation des vœux de la population est une solution conforme à la Charte, et dictée aussi par l'intérêt des habitants eux-mêmes. Toutefois, l'Assemblée n'est pas d'avis que les vœux des habitants doivent être suivis, le Gouvernement de l'Union peut adopter d'autre voie que de s'en tenir à la déclaration qu'il a faite devant la dernière Assemblée de la Société des Nations, à savoir qu'il continuera, comme jusqu'ici, à administrer le territoire comme partie intégrante de l'Union, cela *dans l'esprit des principes énoncés dans le Mandat.* » (Les italiques sont de nous.)

Deux choses sont à noter. *Primo*, l'orateur a qualifié l'Afrique du Sud d'« ancien » mandataire. Peu importe qu'il fût exact ou non de dire qu'à ce moment l'Afrique du Sud avait perdu la qualité de Mandataire. Ce qu'il faut retenir, c'est qu'une telle observation était tout à fait incompatible

³⁵ La déclaration, dont les comptes rendus officiels de la conférence de San Francisco ne contiennent qu'un résumé, est citée *in extenso* au paragraphe 4 du chapitre VIII de l'exposé écrit présenté par l'Afrique du Sud dans la présente instance. Le texte et la provenance de la dernière phrase, dont l'authenticité intrinsèquement probable n'a jamais été contestée, sont indiqués à la note 1 de la page 9 de cet exposé écrit. Il est également fait mention de cette question à la page 533, paragraphe 5, de l'opinion dissidente commune de 1962.

of accountability in respect of the mandate. *Secondly*, when at the end of this passage, the speaker stated his Government's intention to continue to administer the territory "in the spirit" of the "principles" laid down in the Mandate—and it would be difficult to find a phrase less recognizatory of obligation—he did not mention, and was clearly not intending to include reporting of the kind indicated in the Mandate. Instead, he went on to state an intention to report on the non-self-governing territory basis of Article 73 (*e*) of the Charter (the effect of which will be considered in the next succeeding subsection); and what he said was that his Government would "in accordance with" (not, be it noted, Article 6 of the Mandate, but) "Article 73, paragraph (*e*), of the Charter" transmit reports to the Secretary-General "for information purposes",—this last phrase being the language of Article 73 (*e*) itself. He then concluded by saying that there was—

"... nothing in the relevant clauses of the Charter, nor was it in the minds of those who drafted these clauses³⁶, to support the contention that the Union Government could be compelled to enter into a trusteeship agreement even against its own view or those of the people concerned".

And what was the reaction of the Assembly in its ensuing resolution 65 (I)?—was it to demand the submission of reports and the acceptance of supervision under Article 6 of the Mandate? Not at all,—it was to recommend that SW. Africa be placed under *the trusteeship system*. Clearly, no more than the Mandatory was the Assembly contemplating the exercise of any functions in respect of the territory on a mandates basis.

(iii) *The Mandatory's offer to furnish
Article 73 (e) type information*

59. In the case of SW. Africa the Mandatory had no intention either of negotiating a trusteeship agreement or of submitting to United Nations supervision of the territory on a mandates basis;—and here again, it is not the ethics of this attitude that constitutes the relevant point, but the evidence it affords of lack of *consent* to any accountability to the United Nations. Nothing could make this—or the absence of all common ground—clearer than the next episode, starting with the statement made on behalf of South Africa in the Fourth Committee of the Assembly, on 27 September 1947, relative to the South African proposal, originally made in November 1946 (see previous paragraph), to transmit information of the same type as was required by Article 73 (*e*) of the Charter in respect of so-called "non-self-governing territories". Such information,

³⁶ Amongst whom of course was the Field-Marshal himself.

avec la reconnaissance d'une obligation de rendre compte de l'administration du Mandat en tant que tel. *Secundo*, lorsque à la fin de ce passage l'orateur a indiqué l'intention de son gouvernement de continuer à administrer le territoire *dans l'esprit des principes* stipulés dans le Mandat (on aurait de la peine à trouver une formule qui donne moins l'impression de reconnaître une obligation), il n'a pas mentionné et il n'envisageait certainement pas la présentation de rapports du genre prévu par le Mandat. En revanche, il a fait état d'une intention de soumettre des rapports conformément aux dispositions de l'article 73 *e*) de la Charte relatives aux territoires non autonomes (dispositions dont j'examinerai les effets sous la rubrique suivante). Il a dit à ce sujet que son gouvernement communiquerait au Secrétaire général, « conformément à l'article 73 *e*) de la Charte » et non point, notons-le, conformément à l'article 6 du Mandat, des rapports « à titre d'information » (expression tirée du texte même de l'article 73 *e*)) et il a conclu en ces termes :

« Il n'y a rien dans les clauses pertinentes de la Charte, ni dans l'esprit de ceux qui les ont rédigées ³⁶, qui soit de nature à appuyer l'assertion que le Gouvernement de l'Union pourrait être contraint à conclure un accord de tutelle, même contre ses propres vues et celles des populations intéressées. »

Or, quelle fut la réaction de l'Assemblée générale, exprimée par sa résolution 65 (I)? A-t-elle insisté pour qu'on lui envoie des rapports et pour qu'on se soumette à la surveillance prévue à l'article 6 du Mandat? Point du tout : elle a recommandé que le Sud-Ouest africain soit placé *sous le régime de tutelle*. Il est évident que l'Assemblée générale n'envisageait pas plus que le Mandataire lui-même qu'elle pût exercer des fonctions relatives au territoire dans le cadre du système des mandats.

iii) *Offre du Mandataire de fournir des renseignements du type prévu par l'article 73 e)*

59. Dans le cas du Sud-Ouest africain, le Mandataire n'avait nullement l'intention de négocier un accord de tutelle ni d'accepter que l'ONU assure la surveillance du territoire en vertu du système des mandats ; là encore ce n'est pas l'aspect moral de l'attitude du Mandataire qui est pertinent, mais le fait qu'elle démontre l'absence de *consentement* à toute obligation de rendre compte à l'ONU. Rien ne saurait mieux confirmer ce défaut de consentement — ou l'absence de tout point d'accord — que l'épisode qui a suivi, amorcé par une déclaration faite au nom de l'Afrique du Sud à la Quatrième Commission de l'Assemblée générale le 27 septembre 1947 au sujet de la proposition formulée par l'Afrique du Sud dès novembre 1946 (voir paragraphe précédent) et tendant à présenter des renseignements du type requis par l'article 73 *e*) de la Charte pour les

³⁶ Au nombre desquels se trouvait évidemment le maréchal lui-même,

given about colonies, protectorates, etc., *does not imply accountability*, and is not in the formal and technical sense "reporting". The Report of the Fourth Committee on this occasion (dated 27 October 1947) describes the statement of the South African representative as follows:

"It was the assumption of his Government, he said, that the report [i.e., the information to be transmitted] would not be considered by the Trusteeship Council and would not be dealt with as if a trusteeship agreement had in fact been concluded. He further explained that as the League of Nations had ceased to exist, the right to submit petitions could no longer be exercised, since that right presupposes a jurisdiction which would only exist where there is a right of control and supervision, *and in the view of the Union of South Africa no such jurisdiction was vested in the United Nations with regard to South West Africa*"—(my italics).

What was said of petitions was *a fortiori* applicable in respect of reports of the kind contemplated by Article 6 of the Mandate. The italicized words constituted a *general* denial of United Nations jurisdiction.

60. There were further offers to furnish information on the same basis in the period 1947/1948, and one or two reports were actually transmitted. But all along the line statements were made on behalf of South Africa indicating clearly that this was done voluntarily and without admission of obligation. Thus at a Plenary Meeting of the Assembly on 1 November 1947 the representative of South Africa said that:

"... the Union of South Africa has expressed its readiness to submit annual reports for the information of the United Nations. That undertaking stands. Although these reports, if accepted, will be rendered *on the basis that the United Nations has no supervisory jurisdiction in respect of this territory* they will serve to keep the United Nations informed in much the same way as they will be kept informed in relation to Non-Self-Governing Territories under Article 73 (e) of the Charter"—(my italics).

And in a letter of 31 May 1948 to the Secretary-General an explicit restatement was given of the whole South African position as follows (UN doc., T/175, 3 June 1948, pp. 51-52):

"... the transmission to the United Nations for information on South West Africa, in the form of an annual report or any other form, *is on a voluntary basis and is for purposes of information only. They [the Government] have on several occasions made it clear that they recognise no obligation to transmit this information to the United*

territoires dits « non autonomes ». De tels renseignements, fournis pour les colonies, protectorats, etc., *n'impliquent pas d'obligation de rendre compte* et ne constituent pas des « rapports » au sens propre et technique de ce mot. Le rapport pertinent de la Quatrième Commission en date du 27 octobre 1947 résume ainsi la déclaration du représentant sud-africain :

« Son gouvernement présumait, a-t-il dit, que ce rapport [c'est-à-dire les renseignements à transmettre] ne serait pas examiné par le Conseil de tutelle et ne serait pas traité comme si un accord de tutelle avait été effectivement conclu. Il a expliqué en outre que, du fait de la disparition de la Société des Nations, le droit de présenter des pétitions n'existait plus; ce droit suppose en effet l'existence d'une juridiction dont l'existence est subordonnée à celle d'un droit de contrôle ou de surveillance; *or, de l'avis de l'Union sud-africaine, l'Organisation des Nations Unies n'est pas investie d'un droit de cette nature à l'égard du Sud-Ouest africain.* » (Les italiques sont de nous.)

Ce qui était dit à propos des pétitions était applicable à fortiori aux rapports du type prévu par l'article 6 du Mandat. Les mots en italiques équivalent à une déclaration *générale* rejetant la juridiction de l'ONU.

60. De nouvelles offres d'envoi de renseignements au même titré ont été formulées au cours de la période 1947-1948 et un ou deux rapports ont été effectivement communiqués. Mais des déclarations ont été constamment faites au nom de l'Afrique du Sud pour indiquer clairement que ces rapports étaient fournis de plein gré, sans que l'existence d'une obligation fût reconnue. C'est ainsi qu'au cours d'une séance plénière de l'Assemblée générale tenue le 1^{er} novembre 1947 le représentant de l'Afrique du Sud a dit :

« le Gouvernement de l'Union sud-africaine a déclaré qu'il était prêt à soumettre, pour information, à l'Organisation des Nations Unies, des rapports annuels. Cet engagement tient toujours. Bien que ces rapports, s'ils sont acceptés, doivent être remis à l'Organisation des Nations Unies *en partant de l'idée que celle-ci n'est pas compétente pour exercer un contrôle sur le territoire dont il s'agit*, ils serviront cependant à tenir l'Organisation informée de la même façon qu'elle l'est sur ce qui se passe dans les territoires non autonomes, conformément à l'article 73 e) de la Charte. » (Les italiques sont de nous.)

Dans une lettre du 31 mai 1948, le Secrétaire général a explicitement rappelé quelle était dans son ensemble la position de l'Afrique du Sud (Nations Unies, doc. T/175, 3 juin 1948, p. 51-52) :

« lorsqu'il [le Gouvernement de l'Afrique du Sud] transmet à l'Organisation des Nations Unies des renseignements sur le Sud-Ouest africain, sous forme d'un rapport annuel ou sous toute autre forme, *il agit de son propre gré et aux seules fins d'information. A plusieurs reprises, il a indiqué clairement qu'il ne se considère pas comme tenu*

Nations, but in view of *the wide-spread interest* in the administration of the Territory, and *in accordance with normal democratic practice*, they are willing and anxious to *make available to the world*³⁷ such facts and figures as are readily at their disposal... The Union Government desire to recall that in offering to submit a report on South West Africa for the information of the United Nations, they did so on the basis of the provisions of Article 73 (*e*) of the Charter. This Article calls for 'statistical and other information of a technical nature' and makes no reference to information on questions of policy. In these circumstances the Union Government do not consider that information on matters of policy, particularly future policy, should be included in a report (or in any supplement to the report) which is intended to be a factual and statistical account of the administration of the Territory over the period of a calendar year. Nevertheless, the Union Government are anxious to be as helpful and as co-operative as possible and have, therefore, on this occasion replied in full to the questions dealing with various aspects of policy. The Union Government do not, however, regard this as creating a precedent. Furthermore, the rendering of replies on policy should not be construed as a commitment as to future policy *or as implying any measure of accountability to the United Nations on the part of the Union Government*. In this connexion the Union Government have noted that their declared intention to administer the Territory in the spirit of the mandate *has been construed in some quarters as implying a measure of international accountability*. This construction the Union Government cannot accept *and they would again recall that the League of Nations at its final session in April 1946, explicitly refrained from transferring its functions in respect of mandates to the United Nations*³⁸—(my italics).

And then again in the Fourth Committee of the Assembly in November 1948 (Official Record of the 76th Meeting, p. 288), it was stated that:

“... the Union could not admit the right of the Trusteeship Council to use the report for purposes for which it had not been intended: *still less could the Trusteeship Council assume for itself the power claimed in its resolution, i.e., 'to determine whether the Union of South Africa is adequately discharging its responsibilities under the*

³⁷ The use of such expressions as “wide-spread interest” and “make available to the world” confirms the view taken in paragraph 56 above as to the basis of the South African approach to the United Nations on the subject of incorporation.

³⁸ See on this matter paragraph 42 above, and Lord McNair’s pronouncement in the same sense two years later, as there quoted.

*de transmettre ces renseignements à l'Organisation des Nations Unies, mais que, en raison du grand intérêt porté à l'administration du Territoire, et conformément à la pratique démocratique normale, il est désireux et soucieux de porter à la connaissance du monde*³⁷ les faits et les chiffres dont il dispose ... Le Gouvernement de l'Union désire rappeler qu'en offrant de présenter un rapport sur le Sud-Ouest africain pour l'information des Nations Unies, il s'est conformé aux dispositions de l'article 73 e) de la Charte. Cet article demande que soient communiqués au Secrétaire général « des renseignements statistiques et autres de nature technique » et ne mentionne pas les renseignements relatifs à des questions de politique. Dans ces conditions, le Gouvernement de l'Union n'estime pas que des renseignements relatifs à des questions de politique, particulièrement de politique future, doivent figurer dans un rapport (ou dans un supplément au rapport) qui ne saurait, par définition, constituer qu'un exposé de données statistiques et de faits relatifs à l'administration du Territoire pendant une année civile. Néanmoins, soucieux d'apporter une aide et une collaboration aussi grandes que possible, il a, en la circonstance, répondu de façon complète aux questions relatives à divers aspects de sa politique. Pourtant, il ne considère pas que, ce faisant, il crée un précédent. En outre, du fait que le Gouvernement de l'Union répond à des questions d'ordre politique, il ne faut pas conclure qu'il s'engage à pratiquer telle ou telle politique dans l'avenir, *ou à rendre à un degré quelconque des comptes à l'Organisation des Nations Unies. A cet égard, le Gouvernement de l'Union a constaté qu'on a parfois voulu déduire de son intention déclarée d'administrer le Territoire dans l'esprit du Mandat qu'il était disposé à rendre des comptes sur le plan international. Il ne peut accepter cette interprétation et il désire rappeler, une fois de plus, que la Société des Nations, à la dernière session, tenue en avril 1946, s'est explicitement abstenue de transférer ses fonctions, en ce qui concerne les Mandats, à l'Organisation des Nations Unies*³⁸. » (Les italiques sont de nous.)

A la Quatrième Commission de l'Assemblée générale, il a été réitéré en novembre 1948 (procès-verbaux officiels, 76^e séance, p. 288) que

« le Gouvernement de l'Union ne saurait admettre que le Conseil de tutelle puisse utiliser le rapport à des fins autres que celles qui avaient été prévues. *Il est encore moins admissible que le Conseil de tutelle puisse s'arroger le droit, ainsi qu'il le fait dans sa résolution,* « de se prononcer sur la question de savoir si l'Union sud-africaine s'acquitte

³⁷ L'emploi d'expressions telles que « grand intérêt » et « porter à la connaissance du monde » confirme l'interprétation donnée au paragraphe 56 du fondement de la position adoptée par l'Afrique du Sud à l'égard de l'ONU en ce qui concerne l'incorporation du territoire.

³⁸ Voir à ce sujet par. 42 ci-dessus et, dans le même sens, les déclarations faites deux ans plus tard par lord McNair et citées dans le même paragraphe.

terms of the mandate . . . Furthermore, that power was claimed in respect of a territory which was not a trust territory and in respect of which no trusteeship agreement existed. The South African delegation considered that in so doing the Council had exceeded its powers"—(my italics).

Since however the Assembly persisted in dealing with the reports through the Trusteeship Council, they were subsequently discontinued. It is of course evident that the "parties", so to speak, were completely at loggerheads. But no less clear is it (a) that the Assembly would agree to nothing, except on a trusteeship basis, and (b) that South Africa would agree to nothing that involved recognition of an obligation of accountability to the United Nations. In consequence there was no agreement, no consent.

(c) *Conclusions as to consent*

61. Whatever may be thought of the South African attitude from a wider standpoint than that of law, there can surely be no doubt as to what, *in law*, the character of that attitude was. In the face of the statements above set-out, it is impossible to contend that there was any recognition, or acceptance, of accountability to the United Nations as a *duty* arising for the Mandatory upon the dissolution of the League. There was in fact an express rejection of it. Consequently, in a situation in which, for the reasons given in paragraphs 51 and 52 above, nothing short of positive expressions of recognition or acceptance would have sufficed, there were in fact repeated positive denials and rejections. This being so, all attempts to *imply* it must fail in principle on *a priori* grounds; for implications are valid only in situations of relative indeterminacy where, if there are no very positive indications "for", there are also no very positive ones "against". Where however, as here, there are positive indications "against", mere *implications* "for" cannot prevail. Recognition of accountability could be attributable to South Africa only on the basis of conduct not otherwise explicable. In fact, it was both otherwise explicable, and repeatedly explained.

* * *

62. An important point of international legal order is here involved. If, whenever in situations of this kind a State voluntarily, and for reasons of policy, brings some matter before an international body, it is

de façon adéquate de ses responsabilités, à elle imparties *par les termes du Mandat ...* ». On a invoqué ce droit au sujet d'un territoire qui n'est pas placé sous le régime de tutelle et qui ne fait pas l'objet d'un accord de tutelle. La délégation de l'Union sud-africaine estime que le Conseil de tutelle a outrepassé ses pouvoirs. » (Les italiques sont de nous.)

Mais, comme l'Assemblée générale a persisté à traiter de ces rapports par l'intermédiaire du Conseil de tutelle, l'Afrique du Sud a cessé par la suite d'en envoyer. Il est bien évident qu'il s'agissait d'un véritable dialogue de sourds entre ce qu'on peut appeler les « parties ». Mais il est non moins évident *a)* que l'Assemblée générale refusait de consentir à quoi que ce fût hors du cadre d'un accord de tutelle; *b)* que l'Afrique du Sud n'était pas disposée à admettre quoi que ce fût qui impliquât la reconnaissance d'une obligation de rendre compte à l'ONU. Il n'y avait donc ni accord ni consentement.

c) *Conclusions relatives au consentement*

61. Quoi qu'on puisse penser de l'attitude de l'Afrique du Sud d'un point de vue plus large que celui du droit, on ne saurait avoir le moindre doute quant à la signification qu'elle revêtait *en droit*. A lire les déclarations précitées, il est impossible de soutenir qu'il soit intervenu, après la dissolution de la Société des Nations, une reconnaissance ou une acceptation quelconque d'un *devoir* de rendre compte à l'Organisation des Nations Unies incombant au Mandataire. De fait, l'Afrique du Sud a expressément nié l'existence d'un tel devoir. Par conséquent, dans une situation où, pour les raisons indiquées aux paragraphes 51 et 52 ci-dessus, une affirmation formelle de reconnaissance ou d'acceptation de cette obligation aurait été nécessaire, on ne constate en fait qu'une série de refus et de rejets catégoriques. Cela étant, toute tentative d'en affirmer l'existence par *implication* doit échouer à priori, car des déductions de ce genre ne sont admissibles que dans des situations relativement indéterminées où, s'il n'y a pas d'indications très positives *pour*, il n'y en a pas non plus de très nettes *contre*. Mais, dans un cas comme celui-ci où les indications *contre* sont certaines, on ne saurait se prononcer *pour* par simple implication. Pour qu'on puisse dire que l'Afrique du Sud a reconnu une obligation de rendre compte, il faudrait que son comportement ne soit pas autrement explicable. Or, l'attitude de l'Afrique du Sud l'était parfaitement et fut maintes fois expliquée.

* * *

62. Une considération importante, relative à l'ordre juridique international, est en jeu. Si, dans des situations de ce genre, l'Etat qui a, volontairement et pour des motifs de politique générale, porté une

thereby to be held to have tacitly admitted an *obligation* to do so (as it has quite erroneously been sought to maintain in connexion with the United Kingdom's reference of the Palestine question to the United Nations in 1948), then there must be an end of all freedom of political action, within the law, and of all confidence between international organizations and their member States.

63. Exactly the same is applicable to attempts to read binding undertakings into the language of what are really only statements of policy, as the declarations made at one time or another by the various mandatorys essentially were. Clearly in the formative period of the United Nations and the dissolution of the League, the question of mandates was a matter of general interest. They were bound to be discussed,—the mandatorys were bound to make known in a general way what their views and attitudes were. Clearly some conclusion had to be reached about their future. *But equally clearly, if not more so, is the fact that the conclusion reached as to their future was that they ought to be placed under the trusteeship system, and that the United Nations should not have anything to do with them as mandates. In other words United Nations supervision was to be exercised through the trusteeship not the mandates system.* At the same time no legal obligation was created under the Charter for mandatorys to convert their mandates into trusteeships. Therefore it is not now legally possible (SW. Africa not having been placed under trusteeship and there having been no legal obligation so to place it) to contend that the United Nations is entitled *none the less* to exercise supervision on a mandates basis. Such a contention constitutes a prime example of a process to which I will not give a name, but which should not form part of any self-respecting legal technique.

6. General conclusion on Section A

64. Since for all these reasons the United Nations as an Organization (including therefore both the General Assembly and the Security Council) never became invested with the powers and functions of the Council of the former League in respect of mandates, in any of the possible ways indicated in paragraph II above, I must hold that it was incompetent to revoke South Africa's mandate, irrespective of whether the League Council itself would have had that power. It is nevertheless material to enquire whether the latter did have it,—for if not, then *cadit quaestio* even if the United Nations had inherited. To this part of the subject I now accordingly turn.

question devant un organisme international, devait être considéré comme ayant ainsi tacitement reconnu qu'il était *obligé* de le faire (comme on a cherché à le soutenir, bien à tort, à propos du fait que le Royaume-Uni a référé la question de la Palestine à l'ONU en 1948), cela sonnerait le glas de toute liberté d'action politique dans le cadre du droit et de toute confiance entre les organisations internationales et les Etats qui en sont membres.

63. Il en va exactement de même pour les tentatives visant à découvrir des engagements formels dans le texte de simples déclarations de politique générale du genre de celles que les mandataires ont faites à diverses occasions. Il est clair qu'à l'époque de la formation de l'ONU et de la dissolution de la SdN la question des mandats était d'intérêt général. Il fallait bien qu'on en discute et que les mandataires fassent savoir d'une façon générale quels étaient leurs points de vue et leurs positions à ce sujet. De toute évidence, il fallait prendre une décision sur leur avenir. *Mais il est non moins évident, sinon plus, que la conclusion à laquelle on a abouti touchant l'avenir des mandats a été qu'ils devaient être placés sous le régime de tutelle et que l'ONU ne devait absolument pas s'en occuper en tant que mandats. En d'autres termes, la surveillance de l'ONU devait s'exercer dans le cadre du régime de tutelle et non dans celui du système des mandats.* En même temps, la Charte n'imposait aux mandataires aucune obligation de transformer leurs territoires sous mandat en territoires sous tutelle. Il n'est donc plus juridiquement possible aujourd'hui (le Sud-Ouest africain n'ayant pas été placé sous tutelle et aucune obligation de ce faire n'ayant existé) d'affirmer que l'Organisation des Nations Unies est *néanmoins* habilitée à exercer une surveillance au titre des mandats. Le soutenir serait recourir à un procédé que je ne qualifierai pas mais qui est fort peu recommandable dans toute technique juridique digne de ce nom.

6. Conclusion générale de la section A

64. Considérant, pour tous les motifs indiqués, que les Nations Unies en tant qu'organisation (et il s'agit donc ici aussi bien de l'Assemblée générale que du Conseil de sécurité) n'ont jamais été investies des pouvoirs et fonctions du Conseil de l'ancienne Société des Nations relativement aux mandats par aucun des moyens possibles décrits au paragraphe 11 ci-dessus, je dois conclure que cette organisation n'avait pas compétence pour révoquer le Mandat de l'Afrique du Sud, que le Conseil de la SdN ait eu lui-même ce pouvoir ou non. Il importe néanmoins de se demander si ce dernier possédait effectivement un tel pouvoir car, s'il ne le possédait pas, la question ne se pose pas, même si l'ONU avait recueilli la succession de la SdN. Partant, c'est cet aspect du problème que je vais examiner.

SECTION B

EVEN IF THE UNITED NATIONS BECAME INVESTED WITH THE
 POWERS OF THE FORMER COUNCIL OF THE LEAGUE OF
 NATIONS, THESE DID NOT INCLUDE ANY POWER
 OF UNILATERAL REVOCATION OF A MANDATE

*1. Lack of competence of the United Nations to
 exercise any other or greater supervisory
 powers in respect of mandates than were
 possessed by the League of Nations*

65. On the assumption—or postulate as it really has to be—that, contrary to the conclusion reached in the preceding section (Section A), the United Nations did inherit—or did otherwise become invested with—a supervisory function in respect of those mandates which remained mandates and were not converted into United Nations trusteeships;—it then becomes necessary to enquire what was the nature and scope (or content) of that function, as it was exercised, or exercisable, by the Council of the League of Nations. Such an enquiry is rendered necessary because of an elementary yet fundamental principle of law. In so far as (if at all) the United Nations could legitimately exercise any supervisory powers, these were perforce *derived* powers—powers inherited or taken over from the League Council³⁹. They could not therefore exceed those of the Council,—for *derived* powers cannot be other or greater than those they derive from. There could not have been transferred or passed on from the League what the League itself did not have,—for *nemo dare potest quod ipse non habet*, or (the corollary) *nemo accipere potest id quod ipse donator nunquam habuit*. This incontestable legal principle was recognized and applied by the Court in 1950, and was the basis of its finding (*I.C.J. Reports 1950*, at p. 138) that:

“The degree of supervision to be exercised by the General Assembly should not therefore exceed that which applied under the Mandates System, and should conform as far as possible to the procedure followed in this respect by the Council of the League of Nations.”

This finding was specifically affirmed in the later *Voting Procedure* and *Oral Petitions* cases (1955 and 1956), both of which indeed turned on whether the way in which the Assembly was proposing or wanting to interpret and conduct its supervisory role in certain respects, would be

³⁹ It goes without saying that even if, contrary to the conclusion reached in the previous section, South Africa consented or can be deemed to have consented, to any exercise of supervisory powers by the United Nations, it can never in any circumstances have consented, or be deemed to have consented, to the exercise of *more* extensive powers than those of the League.

SECTION B

A SUPPOSER QUE LES POUVOIRS DU CONSEIL DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS
AIENT ÉTÉ DÉVOLUS À L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES,
ILS NE COMPRENAIENT PAS LE POUVOIR DE RÉVOQUER
UNILATÉRALEMENT UN MANDAT

1. L'Organisation des Nations Unies n'est pas compétente pour exercer à propos des mandats des pouvoirs de surveillance autres ou plus grands que ceux que possédait la Société des Nations

65. Si l'on part de l'hypothèse ou de ce qu'il faut bien appeler le postulat que, contrairement à la conclusion à laquelle j'ai abouti dans la section précédente (section A), l'ONU a effectivement hérité — ou obtenu d'une autre façon — une fonction de surveillance sur les mandats qui subsistaient comme tels, sans avoir été transformés en telles des Nations Unies, il faut se demander quelles étaient la nature et la portée (ou le contenu) de cette fonction, telle qu'elle avait été ou aurait pu être exercée par le Conseil de la Société des Nations, et cela à cause d'un principe élémentaire mais fondamental de droit. Dans la mesure incertaine où l'Organisation des Nations Unies pourrait légitimement exercer des pouvoirs de surveillance, ce serait nécessairement des pouvoirs *dérivés*, hérités ou repris du Conseil de la Société des Nations³⁹, et qui ne pourraient dépasser ceux qu'avait le Conseil, des pouvoirs *dérivés* ne pouvant être autres ni plus grands que ceux dont ils dérivent. Il n'est pas possible que la SdN ait légué ou dévolu quelque chose qu'elle ne possédait pas elle-même; *nemo dare potest quod ipse non habet*, ou (le corollaire) *nemo accipere potest id quod ipse donator nunquam habuit*. Ce principe juridique incontestable a été reconnu et appliqué par la Cour en 1950, et c'est sur lui qu'elle s'est fondée pour conclure (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 138):

« Le degré de surveillance à exercer par l'Assemblée générale ne saurait donc dépasser celui qui a été appliqué sous le régime des Mandats et devrait être conforme, autant que possible, à la procédure suivie en la matière par le Conseil de la Société des Nations. »

Cette conclusion a été formellement réaffirmée par la suite dans les affaires concernant la *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain* et l'*Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest afri-*

³⁹ Il va sans dire que même si, contrairement à la conclusion que j'ai formulée dans la section précédente, le Mandataire avait consenti ou pouvait être considéré comme ayant consenti à tout exercice d'un pouvoir de surveillance par l'ONU, il n'aurait pu en aucun cas consentir, ou être réputé avoir consenti, à l'exercice de pouvoirs plus étendus que ceux de la SdN.

consistent with the principle thus enunciated. Furthermore, in the second of these cases the Court gave renewed expression to the principle. Referring to its original (1950) Opinion, it said (*I.C.J. Reports 1956*, at p. 27):

“In that Opinion the Court . . . made it clear that the obligations of the Mandatory were those which obtained under the Mandates System. Those obligations could not be extended beyond those to which the Mandatory had been subject by virtue of the provisions of Article 22 of the Covenant and of the Mandate for South West Africa under the Mandates System. The Court stated therefore that the degree of supervision to be exercised by the General Assembly should not exceed that which applied under the Mandates System [and that] the degree of supervision should conform as far as possible to the procedure followed by the Council of the League . . .”

66. The correctness of this view has never been challenged, and seems on principle unchallengeable. It follows inevitably therefore that if the League possessed no power of unilateral revocation of a mandate⁴⁰ the United Nations could not have become subrogated to any such power. It equally follows on the procedural side—and here there is an important connexion—that if, under the mandates system as conducted by the League, the position was that the supervisory body, the League Council, could not bind a mandatory without its consent, then neither could the organs of the United Nations do so, whether it was the General Assembly or the Security Council that was purporting so to act. In short, let the Assembly—or for that matter the Security Council—be deemed to have all the powers it might be thought that either organ has, or should have,—these still could not, in law, be exercised in the field of *mandates*⁴¹ to any other or greater effect than the League Council could have done. (Both organs are of course also subject to *Charter* limitations on their powers which will be considered in main Section C below.)

⁴⁰ The “indefinite” article—“a” not “the” mandate is here employed of set purpose,—for whatever the position was as regards the League’s powers of revoking a mandate, it was the same for all mandates, not merely that for SW. Africa. The view that the latter could unilaterally be revoked entails that the various Australian, Belgian, French, Japanese, New Zealand and United Kingdom mandates equally could be.

⁴¹ What the Security Council might be able to do not on a mandates but on a peace-keeping basis is considered separately in paragraphs 110-116 below.

cain (1955 et 1956); l'une et l'autre portaient sur le point de savoir si la manière dont l'Assemblée entendait interpréter et exercer sa fonction de surveillance à certains égards était conforme au principe ainsi formulé. En outre, dans la deuxième de ces affaires, la Cour a de nouveau énoncé ce principe. Se référant à son avis initial de 1950, elle a dit (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 27):

« Dans cet avis, la Cour ... a clairement énoncé que les obligations du Mandataire étaient celles qui prévalaient sous le régime des Mandats. Ces obligations ne pouvaient être accrues de manière à dépasser celles auxquelles le Mandataire avait été soumis sous le régime des Mandats en vertu de l'article 22 du Pacte et du Mandat sur le Sud-Ouest africain. La Cour a donc déclaré que le degré de surveillance à exercer par l'Assemblée générale ne saurait dépasser celui qui a été appliqué sous le régime des Mandats ... [et] que le degré de surveillance devrait se conformer autant que possible à la procédure suivie à cet égard par le Conseil de la Société des Nations. »

66. Le bien-fondé de cette affirmation n'a jamais été contesté, et il paraît en principe incontestable. Il s'ensuit nécessairement que, si la Société des Nations n'avait aucun pouvoir de révocation unilatérale à l'égard d'un mandat ⁴⁰, l'Organisation des Nations Unies ne pouvait pas avoir hérité un tel pouvoir. Il s'ensuit également sur le plan de la procédure — et c'est là une considération importante — que si, dans le système des mandats tel qu'il était géré par la Société des Nations, l'organisme de surveillance, à savoir le Conseil de la SdN, ne pouvait lier le mandataire sans son consentement, les organes des Nations Unies ne le pouvaient pas non plus, que ce soit l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité. Bref, quand bien même on admettrait que l'Assemblée générale, voire le Conseil de sécurité, a tous les pouvoirs qu'elle est supposée posséder ou devoir posséder, il n'en resterait pas moins qu'en droit ces pouvoirs ne sauraient avoir à l'égard des *mandats* ⁴¹ un effet autre ou plus grand que ceux du Conseil de la SdN (et bien entendu, les pouvoirs des deux organes sont aussi limités par la *Charte*, comme on le verra à la section C ci-après).

⁴⁰ L'article « indéfini » « un », et non pas l'article défini « le » mandat, est utilisé ici à dessein, car quel qu'ait été le pouvoir de la SdN de révoquer un mandat, ce pouvoir était le même pour tous les mandats, et ne valait pas seulement pour le Sud-Ouest africain. Si l'on admettait que le Mandat pour le Sud-Ouest africain pouvait être révoqué unilatéralement, il faudrait supposer que les divers mandats de l'Australie, de la Belgique, de la France, du Japon, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni auraient pu l'être aussi.

⁴¹ Ce que le Conseil de sécurité pourrait faire non pas au titre des mandats mais au titre du maintien de la paix est examiné séparément dans les paragraphes 110-116 ci-après.

*2. The League had no power of unilateral
revocation, express or implied*

*(a) Presumption against the existence
of such a power*

67. The case for deeming League of Nations mandates to have been subject to a power of unilateral revocation by the Council of the League does not rest on any provision of the mandates themselves, or of the League Covenant. (These indeed, as will be seen presently, imply the exact opposite.) The claim is one which, as noted earlier, is and can only be advanced on the assumption of fundamental breaches of the mandate concerned, such as, if the case were one of a private law contract for instance, could justify the other party in treating it as terminated⁴². The claim therefore rests entirely on the contention that, in the case of institutions such as the League mandates were, there must exist an inherent power of revocability in the event of fundamental breach, even if no such power is expressed;—that indeed there is no need to express it. This is in fact the Court's thesis.

* * *

68. In support of this view, comparisons are drawn with the position in regard to private law contracts and ordinary international treaties and agreements, as to which it may be said that fundamental breaches by one party will release the other from its own obligations⁴³, and thus, in effect, put an end to the treaty or contract. The analogy is however misleading on this particular question, where the contractual situation is different from the institutional,—so that what may be true in the one case

⁴² Note the intentional use of the phrase "in treating it as terminated" and not "in putting an end to it". There is an important conceptual difference. Strictly speaking, all that one party alleging fundamental breaches by the other can do, is to declare that it no longer considers itself bound to continue performing *its own* part of the contract, which it will regard as terminated. But whether the contract *has*, in the objective sense, come to an end, is another matter and does not necessarily follow (certainly not from the unilateral declaration of that party)—or there would be an all too easy way out of inconvenient contracts.

⁴³ The question at once arises who or what would, in the case of mandates, be the other party, and what would be its obligations from which it could claim release because of the mandatory's breaches? In the case of a mandate what obligations are there other than the mandatory's? How and by whom is the existence of fundamental breaches to be established with the effect that would attach to a judgment (not opinion) of a competent court of law (not a lay political organ)?

2. *La Société des Nations n'avait aucun pouvoir de révocation unilatérale, exprès ou implicite*

a) *Présomption contre l'existence d'un tel pouvoir*

67. L'argument qui permettrait de considérer que les mandats de la Société des Nations étaient soumis à un pouvoir de révocation unilatérale du Conseil de la SdN ne repose sur aucune disposition des mandats eux-mêmes ni du Pacte. En fait, comme on le verra par la suite, ces derniers impliquent exactement le contraire. Cet argument, comme on l'a déjà signalé, est avancé et ne peut être avancé que dans l'hypothèse de violations fondamentales du mandat qui, s'il s'agissait d'un contrat de droit privé par exemple, pourrait autoriser l'autre partie à le considérer comme résolu⁴². L'argument repose donc entièrement sur cette idée que, dans le cas d'institutions comme les mandats de la Société des Nations, il doit exister un pouvoir inhérent de révocation en cas de violation fondamentale, même si ce pouvoir n'est pas spécifié en toutes lettres; en somme il ne serait même pas besoin de le spécifier. C'est là en fait la thèse de la Cour.

* * *

68. A l'appui de cette thèse, on établit un rapprochement avec les contrats de droit privé et les traités et accords internationaux ordinaires, à propos desquels on peut dire qu'une violation fondamentale commise par l'une des parties libère l'autre de ses obligations⁴³ et qu'elle a ainsi pour effet de mettre un terme au traité ou au contrat. L'analogie est néanmoins trompeuse sur ce point particulier où la situation contractuelle est différente de la situation institutionnelle, de sorte que ce qui peut être vrai dans un cas ne saurait être transposé et appliqué purement et

⁴² On notera l'emploi intentionnel de l'expression « à le considérer comme résolu » et non pas « à y mettre un terme ». Il y a entre ces deux expressions une importante différence théorique. A proprement parler, tout ce que peut faire une partie qui allègue des violations fondamentales de l'autre partie est de déclarer qu'elle ne se considère plus tenue de continuer à remplir *ses propres obligations* en vertu du contrat, qu'elle considère comme n'existant plus. Mais autre chose est de savoir si le contrat a *effectivement* et objectivement pris fin; ce n'est pas une conséquence nécessaire, et en tout état de cause elle ne saurait découler de la déclaration unilatérale d'une partie, sinon il serait trop facile de se dégager d'un contrat gênant.

⁴³ La question se pose immédiatement de savoir qui serait l'autre partie dans le cas des mandats et de quelles obligations cette autre partie pourrait prétendre se libérer pour cause de violation commise par le mandataire. Dans un mandat, quelles obligations y a-t-il à part celles du mandataire? Comment et par qui serait constatée l'existence de violations fondamentales de manière que cette constatation ait l'effet d'un jugement (et non d'un avis) rendu par un tribunal compétent (et non pas par un organe politique ordinaire)?

cannot simply be translated and applied to the other without inadmissible distortions (see footnotes 42 and 43).

69. There is no doubt a genuine difficulty here, inasmuch as a régime like that of the mandates system seems to have a foot both in the institutional and the contractual field. But it is necessary to adhere to at least a minimum of consistency. If, on the basis of contractual principles, fundamental breaches justify unilateral revocation, then equally is it the case that contractual principles require that a new party to a contract cannot be imposed on an existing one without the latter's consent (novation). Since in the present case one of the alleged fundamental breaches⁴⁴ is precisely the evident non-acceptance of this new party, and of any duty of accountability to it (such an acceptance being *ex hypothesi*, on contractual principles, *not* obligatory), a total inconsistency is revealed as lying at the root of the whole Opinion of the Court in one of its most essential aspects.

70. If, in order to escape this dilemma—and it is not the only one⁴⁵—a shift is made into the international institutional field, what is at once apparent is that the entities involved are not private persons or corporate entities, but sovereign States. Where a sovereign State is concerned, and where also it is not merely a question of pronouncing on the legal position, but of ousting that State from an administrative role which it is physically in the exercise of, it is not possible to rely on any theory of implied or inherent powers. It would be necessary that these should have been given concrete expression in whatever are the governing instruments. If it is really desired or intended, in the case of a sovereign State accepting a mission in the nature of a mandate, to make the assignment revocable upon the unilateral pronouncement of another entity, irrespective of the will of the State concerned⁴⁶, it would be essential to make express provision for the exercise of such a power.

71. Nor would that be all,—for provision would also need to be made as to how it was to be exercised,—since clearly, *upon* its exercise a host of legal and practical questions would at once arise, requiring speedy solution, and possibly demonstrating the existence of potential problems more serious than those supposed to be solved by the revocation. To

⁴⁴ Alleged breaches that have not in any event been properly established—see paragraphs 2-5 at the start of the present Opinion.

⁴⁵ For instance, according to ordinary contractual principles, and subject to qualifications not here relevant, the death or extinction of one of the parties to a contract normally puts an end to it and releases the other party from any further obligations except such as have already accrued due but remain undischarged. Applied to mandates this would have meant their termination upon the extinction of the League of Nations, and the discharge from all further obligations of the mandatories, who would have remained in a situation of physical occupation from which they could not in practice have been dislodged.

⁴⁶ If it be objected that no State would willingly or knowingly accept such conditions, I can only agree,—but this in fact reinforces and points up the whole of my argument. The obvious absurdity of the whole idea at once emerges.

simplement dans l'autre sans distorsions inadmissibles (voir notes 42 et 43).

69. Sans doute il existe ici une difficulté dans la mesure où un régime comme celui des mandats paraît relever à la fois du domaine institutionnel et du domaine contractuel. Mais un minimum de logique s'impose. Si, sur la base de principes contractuels, on estime que des violations fondamentales justifient une révocation unilatérale, on doit admettre aussi qu'en vertu des principes contractuels un nouveau cocontractant ne peut être imposé à une partie à un contrat sans son consentement (novation). Puisque en l'espèce l'une des violations fondamentales alléguées⁴⁴ est précisément la non-acceptation évidente du nouveau cocontractant, le rejet de toute obligation consistant à lui rendre compte (l'acceptation d'un nouveau cocontractant étant par définition *non* obligatoire, d'après les principes contractuels), on voit que sur l'un des points essentiels tout l'avis de la Cour repose sur un illogisme complet.

70. Si, pour échapper à ce dilemme, qui n'est pas le seul⁴⁵, on passe au domaine institutionnel, on voit tout de suite que les entités en cause ne sont ni des particuliers ni des personnes morales de droit privé mais des Etats souverains. Lorsqu'un Etat souverain est en cause et lorsqu'il ne s'agit pas simplement de se prononcer sur la situation juridique, mais d'écarter cet Etat d'un rôle administratif qui est effectivement le sien, on ne saurait se fonder sur une théorie de pouvoirs implicites ou inhérents. Il faut que ces pouvoirs s'expriment concrètement dans les instruments pertinents, quels qu'ils soient. Si l'on tient vraiment à ce que la mission d'un Etat souverain acceptant une charge telle qu'un mandat soit révocable sur déclaration unilatérale d'une autre entité, quelle que soit la volonté de l'Etat intéressé⁴⁶, il serait indispensable de stipuler expressément cette possibilité.

71. Cela ne suffirait d'ailleurs pas, car il faudrait également prévoir comment ce pouvoir serait exercé; en effet, il est bien évident que, dès son exercice, il se poserait une multitude de questions juridiques et pratiques exigeant une solution rapide, questions qui pourraient même révéler des problèmes potentiellement plus graves que ceux que la révocation

⁴⁴ Les violations ainsi alléguées n'ont d'ailleurs pas été prouvées comme il convient — voir par. 2 à 5 au début de la présente opinion.

⁴⁵ C'est ainsi que, d'après les principes ordinaires du droit des contrats et sous des réserves qui ne sont pas pertinentes ici, la mort ou la disparition de l'une des parties met normalement fin au contrat et dégage l'autre partie de toutes les obligations qu'imposait encore le contrat, sauf celles qui étaient déjà nées et n'avaient pas été exécutées. Dans le cas des mandats, il en aurait résulté que la dissolution de la Société des Nations aurait entraîné leur extinction, que les mandataires auraient été dégagés de toutes autres obligations et qu'ils seraient restés comme occupants dans le territoire, dont il n'aurait pas été possible en pratique de les évincer.

⁴⁶ Si l'on objecte qu'aucun Etat n'accepterait ces conditions de bon gré ou sciemment, je ne peux qu'en tomber d'accord, mais cela ne fait que renforcer et mettre en relief l'ensemble de mon argumentation. L'absurdité de l'idée même apparaît immédiatement.

leave such matters in the air—to depend on the chance operation of unexpressed principles or rules—is an irresponsible course, and not the way things are done. If the possibility of changes of mandatory had really been contemplated, the normal method would have been to provide for a review after an initial period of years, or at stated intervals,—and even this would not imply any general or unconstrained power of revocation, but rather an ordered process of periodical re-examination in which the mandatory itself would certainly participate.

* * *

72. In consequence, within a jurisprudential system involving sovereign independent States and the major international organizations whose membership they make up, there must be a natural presumption *against* the existence of any such drastic thing as a power of unilaterally displacing a State from a position or status which it holds⁴⁷. No implication based on supposed inherency of right—but only concrete expression in some form—could suffice to overcome this presumption,—for what is in question here is not a simple finding that international obligations are considered to have been infringed, but something going much further and involving action—or purported action—of an executive character on the objective plane. *It is as if the King of Ruritania were declared not only to be in breach of Ruritania's international obligations but also, on that account, be no longer King of Ruritania.* The analogy is not claimed to be exact, but it will serve to make the point,—namely that infringements of a mandate might cause the mandatory concerned to be in breach of its international obligations but could not cause it thereby to cease to be the mandatory or become liable to be deposed as such, at the fiat of some other authority, *unless* the governing instruments so provided or clearly implied. In the present case they not only do not do so but, as will be seen, indicate the contrary.

(b) *Positive indications negating the notion of revocability:—*
 (1) *based on the terms of the relevant instruments*
and certain applicable principles of interpretation

(i) *Essentially non-peremptory*
character of the mandates system

73. This point will be more fully dealt with in connexion with the basic voting rule of the League which, with certain exceptions not applicable

⁴⁷ It is not that sovereign States are above the law, but that the law itself takes account of the fact that they are not private citizens or private law entities.

serait censée résoudre. Laisser ces questions en suspens, s'en remettre au jeu fortuit de principes ou de règles non exprimés, c'est se montrer irresponsable, ce n'est pas ainsi qu'on agit. Si l'on avait envisagé véritablement la possibilité d'un changement de mandataire, la méthode normale eût été de prévoir un réexamen après une période initiale ou à intervalles fixes et cette formule même n'impliquerait aucun pouvoir général ou illimité de révocation, mais plutôt un processus méthodique de revision périodique auquel le mandataire lui-même participerait certainement.

* * *

72. En conséquence, dans un système juridique auquel participent des Etats indépendants et souverains et les grandes organisations internationales dont ils sont membres, il doit forcément y avoir une présomption naturelle *contre* l'existence d'un pouvoir aussi radical que celui d'évincer unilatéralement un Etat d'une certaine situation ou de le priver d'un certain statut⁴⁷. Aucune déduction fondée sur le caractère prétendument inhérent d'un droit ne pourrait suffire à faire tomber cette présomption; seule une expression concrète sous une forme ou sous une autre pourrait le faire, car ce qui est en cause ici ce n'est pas la simple constatation que des obligations internationales ont été violées, c'est quelque chose qui va beaucoup plus loin et qui suppose une action, ou un projet d'action, ayant objectivement un caractère exécutif. *C'est comme si l'on déclarait que le roi de Ruritanie non seulement a violé les obligations internationales de la Ruritanie mais aussi que, pour cette raison, il n'est plus roi de Ruritanie.* Je ne prétends pas que l'analogie soit exacte, mais elle fera mieux comprendre mon argument qui est celui-ci: si, lorsque le mandataire enfreint le mandat, on peut en conclure qu'il a violé ses obligations internationales, on ne saurait par contre en déduire qu'il cesse d'être mandataire ou peut être déposé, par le décret d'une autre autorité, *à moins que* les instruments pertinents ne le prévoient ou ne l'impliquent clairement. En l'occurrence, non seulement ce n'est pas le cas, mais, comme on va le voir, les indications sont en sens contraire.

b) *Indications positives démentant la notion de révocabilité et 1) fondées sur les termes des instruments pertinents et sur certains principes d'interprétation applicables*

i) *Caractère essentiellement non absolu du système des mandats*

73. Cette question sera traitée plus à fond dans le cadre de l'examen de la règle fondamentale de vote de la Société des Nations qui, à part

⁴⁷ Ce n'est pas à dire que les Etats souverains sont au-dessus du droit; mais le droit tient compte du fait qu'il ne s'agit pas de particuliers ou de personnes morales de droit privé.

in the case of mandates, was that of unanimity including the vote of the interested party, and therefore of the mandatory concerned. It is mentioned here by way of introduction as being an essential piece of background knowledge,—for since it was the case that mandatories could not in the last resort become bound by the decisions of the League Council unless they agreed with them, or at least tacitly acquiesced in, or did not oppose them ⁴⁸, the system was necessarily non-peremptory in character;—and in relation to such a system there is obviously an element of total unreality in speaking of a power of unilateral revocation,—for any decision to revoke would itself, in order to be valid, have required the concurrence of the mandatory ⁴⁹. It could not therefore have been unilateral. Any other view involves an inherent logical contradiction.

(ii) *Limited scope of the so-called supervisory function as exercised by the League Council*

74. As was mentioned early in this Opinion (paragraph 14 above), no supervisory role in respect of mandates was, *in terms*, conferred upon the League Council, or any other organ of the League, either by the relevant mandate itself or by Article 22 of the League Covenant, which established the mandates system as a régime, and indicated its character in considerable detail—but not in this particular respect. The supervisory role or function was left to emerge entirely—or virtually so—as a kind of deduction from, or corollary of the obligation of the mandatory concerned to furnish annual reports to the Council. It is therefore to the character of *that* obligation to which regard must be had in order to establish what kind and scope of supervision could legitimately be inferred as flowing from it.

Applicable principle of interpretation

Where a right or power has not been the subject of a specific grant, but exists only as the corollary or counterpart of a corres-

⁴⁸ In fact, strictly speaking, there could not, without the concurrence of the mandatory, be a decision as such: there could only be something in the nature of a (non-binding) recommendation. But the mandatory could refrain from exercising its vote.

⁴⁹ The principle *nemo iudex esse potest in sua propria causa* clearly cannot apply so as to defeat the voting rules laid down in the constitutions of international organizations;—or else, to take an obvious example, the five permanent Members of the United Nations Security Council would be unable to exercise their “veto” in regard to any matter involving their own interests;—whereas one of the objects of giving them the veto was, precisely (apart from the specific exception contained in Article 27, paragraph 3, of the Charter, as also the analogous one in the League Covenant—see paragraph 80 below), to enable them to protect those interests.

quelques exceptions ne s'appliquant pas au cas des mandats, prévoyait l'unanimité des voix, y compris celle de la partie intéressée, donc du mandataire en cause. J'évoque cette question ici, à titre d'introduction, car elle constitue un élément essentiel à une bonne compréhension des antécédents historiques : en effet, puisqu'en dernier ressort les mandataires ne pouvaient pas être liés par les décisions du Conseil de la SdN, sauf s'ils les approuvaient ou du moins s'ils y acquiesçaient tacitement ou ne s'y opposaient pas⁴⁸, le système était forcément dépourvu de tout caractère absolu ; et dans un tel système il est manifestement chimérique de parler d'un pouvoir de révocation unilatérale, car la validité d'une décision de révocation aurait elle-même dépendu de l'assentiment du mandataire⁴⁹. Elle n'aurait donc pas pu être unilatérale. Toute autre conception recèle une contradiction logique.

ii) *Portée limitée de la prétendue fonction de surveillance exercée par le Conseil de la Société des Nations*

74. Comme il est indiqué au début de la présente opinion (par. 14 ci-dessus), aucune fonction de surveillance à l'égard des mandats n'avait été *expressément* conférée au Conseil de la SdN ni à aucun autre organe de la Société, et cela aussi bien dans l'acte de mandat qu'en vertu de l'article 22 du Pacte de la SdN, qui instituait le régime nouveau du « système des mandats » et en précisait la nature avec force détails — mais pas sur ce point particulier. Le rôle ou la fonction de surveillance devait se dégager exclusivement — ou presque exclusivement — par voie de déduction ou comme un corollaire de l'obligation qu'avait le mandataire d'envoyer des rapports annuels au Conseil. C'est donc la nature de cette obligation-là qu'il faut examiner pour préciser le genre et la portée de la surveillance qu'on pouvait légitimement considérer comme une conséquence de cette obligation.

Principe d'interprétation applicable

Lorsqu'un droit ou un pouvoir n'a pas fait l'objet d'une attribution spécifique mais n'existe que comme corollaire ou

⁴⁸ En fait, à strictement parler, sans l'assentiment du mandataire aucune décision, au sens propre, n'était possible, mais seulement quelque chose comme une recommandation (non obligatoire). Le mandataire pouvait cependant s'abstenir de voter.

⁴⁹ Le principe *nemo iudex esse potest in sua propria causa* ne peut évidemment avoir pour effet de paralyser la règle de vote prévue dans les constitutions des organisations internationales ; sinon, pour prendre un exemple évident, les cinq membres permanents du Conseil de sécurité des Nations Unies seraient empêchés d'exercer leur veto pour toute question mettant en jeu leurs propres intérêts ; or, l'une des raisons pour lesquelles le droit de veto leur a été accordé était précisément (à part l'exception particulière prévue à l'art. 27, par. 3, de la Charte — voir l'exception analogue du Pacte de la SdN, par. 80 ci-dessous) de leur permettre de protéger ces intérêts.

ponding obligation, this right or power is necessarily defined by the nature of the obligation in question, and limited in its scope to what is required to give due effect to such correlation.

75. All the various mandates (with one exception not here pertinent⁵⁰, and subject to minor differences of language) dealt with the reporting obligation in the same way. Citing that for SW. Africa, it was provided (Article 6) that the Mandatory was to render to the Council of the League “an annual report to the satisfaction of the Council⁵¹ containing full information with regard to the territory and indicating the measures taken to carry out the obligations assumed . . .”. This was a reflection and expansion of paragraph 7 of Article 22 of the Covenant, which provided for an annual report to the Council “in reference to the territory committed to [the Mandatory’s] charge”. The only other relevant clause was paragraph 9 of Article 22, which provided for the setting up of what became the Permanent Mandates Commission, “to receive and examine the annual reports of the Mandatories and to advise the Council on all matters relating to the observance of the mandates”. Later, by special arrangement, written petitions from the inhabitants of the mandated territories, forwarded through the mandatories, could also be received and examined.

* * *

76. It is clear therefore that the sole real *specific* function of the Council was (via the Permanent Mandates Commission) to “receive and examine” these reports and petitions. The Council could require that the reports should be to its satisfaction, namely “contain full information” about the mandated territory, and “indicate the measures taken” by the mandatory, etc. It would also be a natural corollary that the Council could comment on these reports, indicate to the mandatory what measures it thought wrong or inadequate, suggest other measures, etc.,—but in no case with any binding effect unless the mandatory agreed. The Council could exhort, seek to persuade and even importune; but it could not

⁵⁰ That of Iraq, which was differently handled—see joint dissenting Opinion, *I.C.J. Reports 1962*, p. 498, n. 1.

⁵¹ The phrase “to the satisfaction of the Council” cannot have related to the measures reported on, for the mandatory only had to render one annual report, and could not know, at the reporting stage, what view the Council would take as to those measures. Nor did the mandatory subsequently revise its *report*, though it might revise its measures. The object of the report was, precisely, to inform the Council about these;—and, considered *as* a piece of reporting, the report was necessarily satisfactory if it contained full and accurate information as to what was being done, so that the Council, having thus been put in possession of all the facts, would, on the basis of the report, be able to indicate to the mandatory whether it approved of the measures concerned or what other or additional measures it advocated.

contrepartie d'une obligation correspondante, le droit ou le pouvoir en question se définit nécessairement d'après la nature de cette obligation et sa portée est limitée à ce qui est nécessaire pour maintenir cette corrélation.

75. Chacun des mandats (à une exception près qui n'est pas pertinente ici⁵⁰ et sous réserve de légères divergences rédactionnelles) envisageait de la même façon l'obligation de rendre compte. Pour citer le Mandat pour le Sud-Ouest africain, celui-ci stipulait (art. 6) que le Mandataire devrait fournir au Conseil de la Société des Nations « un rapport annuel satisfaisant le Conseil⁵¹ et contenant toute information intéressant le territoire et indiquant les mesures prises pour assurer les engagements pris... ». Cette clause reprenait sous une forme plus détaillée l'article 22, paragraphe 7, du Pacte, qui prévoyait l'envoi au Conseil d'un rapport annuel « concernant les territoires dont [le Mandataire] a la charge ». La seule autre disposition pertinente était l'article 22, paragraphe 9, relatif à la création de ce qui devait devenir la Commission permanente des mandats, « chargée de recevoir et d'examiner les rapports annuels des Mandataires et de donner au Conseil son avis sur toutes questions relatives à l'exécution des mandats ». Ultérieurement, par arrangement spécial, la Commission a pu également recevoir et examiner des pétitions écrites des habitants des territoires sous mandat transmises par les mandataires.

* * *

76. Il est donc clair que la seule véritable fonction *spécifique* du Conseil était de « recevoir et examiner » ces rapports et ces pétitions par l'intermédiaire de la Commission permanente des mandats. Le Conseil pouvait exiger que les rapports lui donnent satisfaction, c'est-à-dire qu'ils contiennent « toute information intéressant le territoire » et indiquent « les mesures prises » par le mandataire, etc. Il serait également naturel de considérer que, comme corollaire, le Conseil pouvait commenter les rapports, indiquer au mandataire quelles mesures lui paraissaient mauvaises ou insuffisantes, lui en suggérer d'autres, etc. (mais en aucun cas avec effet obligatoire, si le mandataire n'était pas d'accord).

⁵⁰ Celle de l'Irak, dont le cas a été traité différemment — voir opinion dissidente commune, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 498, note 1.

⁵¹ Les mots « satisfaisant le Conseil » n'auraient pas pu se rapporter aux mesures dont il était rendu compte, car le mandataire ne devait envoyer qu'un seul rapport annuel et ne pouvait donc pas savoir, au moment où il présentait le rapport, si ces mesures satisfaisaient le Conseil. D'autre part le mandataire, s'il pouvait reconsidérer les mesures qu'il avait prises, ne revisait pas son *rapport*. Le rapport avait précisément pour objet d'informer le Conseil de ces mesures; envisagé comme un moyen d'information, le rapport ne pouvait être que « satisfaisant » du moment qu'il contenait des renseignements complets et exacts sur les mesures prises, de façon que le Conseil, ayant été saisi de tous les faits, soit à même, sur la base de ce rapport, de faire savoir au mandataire s'il approuvait les mesures en question, ou de lui indiquer les autres mesures ou les mesures complémentaires qu'il préconisait.

require or compel,—and it is not possible, from an obligation which, on its language, is no more than an obligation to render reports of a specified kind, to derive a further and quite different obligation to act in accordance with the wishes of the authority reported to. This would need to be separately provided for, and it is quite certain that none of the various mandatories ever understood the reporting obligation in any such sense as that, and equally certain that they never would have undertaken it if they had.

77. In other words, the supervisory function, as it was contemplated for League purposes, was really a very limited one—a view the principle of which was endorsed by Sir Hersch Lauterpacht in the *Voting Procedure* case when, speaking of United Nations trusteeships (but of course the same thing applies *a fortiori* to the case of mandates) he said this (*I.C.J. Reports 1955*, p. 116):

“... *there is no legal obligation, on the part of the Administering Authority, to give effect to a recommendation of the General Assembly to adopt or depart from a particular course of legislation or any particular administrative measure.* The legal obligation resting upon the Administering Authority is to administer the Trust Territory in accordance with the principles of the Charter and the provisions of the Trusteeship Agreement, *but not necessarily in accordance with any specific recommendation of the General Assembly or of the Trusteeship Council*”—(my italics).

* * *

78. Such then was the real and quite limited nature of the supervisory function to which the General Assembly became subrogated, if it became subrogated to any function at all in respect of mandates. It was, as the term implies, strictly a right of “supervision”; it was not a right of *control*—it did not comprise any executive power;—and therefore clearly could not have comprised a power of so essentially executive a character as that of revocation. Between a function of supervision (but not of control) and a power to *revoke* a mandate and, so to speak, evict the mandatory—and to do this unilaterally without the latter’s consent—there exists a gulf so wide as to be unbridgeable. It would involve a power different not only (and greatly) in degree, but in kind. This is a consideration which, in the absence of express provision for revocation, makes it impossible to imply such a power,—and indeed excludes the whole notion of it, as being something that could not have fallen within the League Council’s very limited supervisory role, and accordingly cannot fall within that of the United Nations Assembly—assuming the latter to have any supervisory role.

Le Conseil pouvait exhorter, user de persuasion et même importuner; mais il ne pouvait ni exiger ni contraindre — or, d'une obligation qui, par son libellé, n'est rien de plus qu'une obligation d'envoyer des rapports d'un type déterminé, il n'est pas possible de déduire l'obligation supplémentaire et toute différente d'agir selon les vœux de l'autorité qui reçoit les rapports. Cette dernière aurait dû être prévue à part; or il est bien certain qu'aucun des mandataires n'a jamais entendu de cette manière l'obligation de faire rapport, et non moins certain que s'il l'avait comprise ainsi, il n'y aurait jamais souscrit.

77. En d'autres termes, la fonction de surveillance, telle qu'elle était envisagée aux fins de la Société des Nations, était en réalité une fonction très limitée — et sir Hersch Lauterpacht a reconnu qu'il en était en principe ainsi dans l'affaire de la *Procédure de vote*, quand, à propos du régime de tutelle institué par les Nations Unies (mais évidemment il en va à fortiori de même pour les mandats), il a déclaré (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 116):

« *Il n'y a ... pas d'obligation juridique de la part de l'autorité administrante d'adopter ou d'abroger une mesure législative ou administrative particulière, dans le but de donner effet à une recommandation de l'Assemblée générale. L'obligation juridique incombant à l'autorité administrante est d'administrer le territoire sous Tutelle conformément aux principes de la Charte et aux dispositions de l'accord de Tutelle mais pas nécessairement suivant telle recommandation particulière de l'Assemblée générale ou du Conseil de Tutelle.* »
(Les italiques sont de nous.)

* * *

78. Tel était donc le caractère véritable et très limité de la fonction de surveillance à laquelle l'Assemblée générale a été subrogée, si tant est qu'elle ait pu recueillir par subrogation des fonctions quelconques en ce qui concerne les mandats. Comme le terme l'implique, il s'agissait strictement d'un droit de « surveillance »; ce n'était pas un droit de *contrôle* — il ne supposait aucun pouvoir exécutif et, de toute évidence, il n'aurait pu inclure un pouvoir de nature si foncièrement exécutive que celui de révoquer. Entre une fonction de surveillance (mais non de contrôle) et le pouvoir de *révoquer* un mandat et pour ainsi dire d'expulser le mandataire — et de le faire unilatéralement sans le consentement de ce dernier — il y a un abîme infranchissable. La différence (et elle est énorme) n'est pas seulement de degré, elle est aussi de nature. Voilà donc une considération qui, en l'absence d'une disposition prévoyant expressément la révocation, interdit de conclure à l'existence implicite d'un tel pouvoir et exclut même toute idée de révocation, celle-ci n'ayant pas pu faire partie du rôle de surveillance très limité dévolu au Conseil et ne pouvant donc entrer dans les attributions de l'Assemblée générale des Nations Unies, à supposer que celle-ci possède des fonctions de surveillance quelconques.

(iii) *The League Council's
voting rule*

79. The views just expressed are more than confirmed by the League Council's voting rule, as embodied in paragraph 5 of Article 4 of the Covenant in combination with paragraph 1 of Article 5 (texts in footnote 52). The effect, in the case of all matters involving mandates, was to enable the mandatories, if not already members of the Council (as several invariably were), to attend if they wished, and to exercise a vote which might operate as a veto. No exception was provided for the possibility of a revocation, and no such exception can be implied from the fact that mandatories did not always attend the Council when invited to do so, or might abstain on the vote, or that certain devices might be employed on occasion to avoid direct confrontations between them and the other members of the Council. The fact that there may be no recorded case of the actual use of this veto does not alter the legal position,—it merely shows how well the system worked in *the hands of reasonable people*. None of this however can alter the fact that mandatories always had the right to attend and exercise their votes. The existence of this voting situation was confirmed by the Court not only in its Judgment of 1966 *but also in that of 1962* (*I.C.J. Reports 1966*, pp. 44-45; and *I.C.J. Reports 1962*, pp. 336-337)⁵³. It is obvious that a situation in which the League Council could not impose its views on the mandatories without their consent, is with difficulty reconcilable with one in which it

⁵² *Article 4, paragraph 5*: "Any Member of the League not represented on the Council shall be invited to send a *Representative to sit as a member* [italics mine] at any meeting of the Council during the consideration of matters specially affecting the interests of that Member of the League."

Article 5, paragraph 1: "Except where otherwise expressly provided in this Covenant . . . decisions at any meeting of the . . . Council shall require the agreement of all the Members of the League represented at the meeting"—(italics mine).

⁵³ e.g. (pp. 336-337):

" . . . approval meant the unanimous agreement of all the representatives [at the Council meeting] including that of the Mandatory who, under Article 4, paragraph 5, of the Covenant, was entitled to send a representative to such a meeting to take part in the discussion and to vote".

And again (p. 337):

"Under the unanimity rule (Articles 4 and 5 of the Covenant), the Council could not impose its own view on the Mandatory."

It may seem surprising at first sight that the Court, in its 1962 composition, was so ready to admit, and even to stress, the existence of this situation. The explanation is that it was basing itself in the absence of effective "administrative supervision" in the League system as one ground for postulating the existence of "judicial supervision" in the form of a right, on the part of any Member of the League dissatisfied with the conduct of a mandate, to have recourse to the former Permanent Court and, since then, to the International Court of Justice as set up under the United Nations Charter. It follows that although the present (1971) Opinion of the Court is wholly in line with the type of *conclusion* reached by the Court in 1962, it is wholly at variance with the 1962 *reasoning* just described; for that reasoning must, in logic, lead to the result indicated above at the end of paragraph 79.

iii) *La règle de vote du Conseil de la Société des Nations*

79. Ce qui précède trouve une confirmation plus que suffisante dans le régime de vote du Conseil, qui faisait l'objet de l'article 4, paragraphe 5, du Pacte, à rapprocher de l'article 5, paragraphe 1 (les textes sont reproduits dans la note ⁵²), dont l'effet, pour toutes les questions intéressant les mandats, était de permettre aux mandataires, s'ils n'étaient déjà membres du Conseil (et certains l'ont été invariablement), de participer aux débats et d'y exercer un droit de vote qui pouvait jouer comme un veto. Aucune exception n'était prévue dans l'éventualité d'une révocation et l'on ne peut arguer du fait que les mandataires n'assistaient pas toujours aux réunions du Conseil quand ils y étaient invités ou s'abstenaient parfois de voter, ou que certains procédés pouvaient être utilisés afin d'éviter une confrontation directe entre eux et les autres membres du Conseil, pour conclure qu'une telle exception existait. Qu'on n'ait jamais enregistré un cas d'emploi effectif du veto ne change rien à la situation juridique et fait simplement ressortir que le système fonctionnait bien, confié à des *gens raisonnables*. Cela n'empêchait nullement que les mandataires conservaient bel et bien le droit de participer aux séances et de prendre part au vote. Cette situation en ce qui concerne les votes a été confirmée par la Cour, non seulement dans son arrêt de 1966 mais aussi dans celui de 1962 (C.I.J. Recueil 1966, p. 44-45; et C.I.J. Recueil 1962, p. 336-337) ⁵³. Il est évident qu'une situation qui se

⁵² Article 4, paragraphe 5: « Tout Membre de la Société qui n'est pas représenté au Conseil est invité à y envoyer *siéger un Représentant* [les italiques sont de nous] lorsqu'une question qui l'intéresse particulièrement est portée devant le Conseil. »

Article 5, paragraphe 1: « *Sauf disposition expressément contraire* du présent Pacte ... les décisions ... du Conseil sont prises à l'unanimité des Membres de la Société représentés à la réunion. » (Les italiques sont de nous.)

⁵³ Par exemple (p. 336-337):

« l'approbation exigeait l'unanimité de tous les représentants [au Conseil], y compris celui du Mandataire qui, en vertu de l'article 4, paragraphe 5, du Pacte, était habilité à envoyer siéger un représentant pour prendre part à la discussion et voter ».

Et encore (p. 337):

« En vertu de la règle de l'unanimité (art. 4 et 5 du Pacte), le Conseil ne pouvait imposer ses vues au Mandataire. »

A première vue il peut paraître surprenant que la Cour, telle qu'elle était composée en 1962, ait été si prompte à admettre, et même à souligner, l'existence de cette situation. Cela tient au fait qu'elle faisait de l'absence d'une « surveillance administrative » effective dans le système de la Société des Nations l'une des raisons qui permettaient de postuler l'existence d'une « surveillance judiciaire », se traduisant par le droit que posséderait tout Membre de la Société des Nations qui désapprouvait la façon dont le mandat était géré d'en référer à l'ancienne Cour permanente et, plus tard, à la Cour internationale de Justice instituée en vertu de la Charte des Nations Unies. Il s'ensuit que, si le présent avis de la Cour (1971) est en tout point conforme au genre de *conclusion* à laquelle la Cour était parvenue en 1962, il est tout à fait contraire au raisonnement formulé en 1962, qui vient d'être rappelé, car logiquement ce raisonnement doit aboutir au résultat indiqué à la fin du paragraphe 79.

could unilaterally revoke their mandates without their consent;—and therefore, *a fortiori*, with the idea that the United Nations possessed such a power.

Applicable Principle of Interpretation

Where a provision [such as the League Council's voting rule] is so worded that it can only have one effect, any intended exceptions, in order to be operative, must be stated in terms.

80. This principle of interpretation is, as it happens, well illustrated, and the view expressed in the preceding paragraph is given the character of a virtual certainty, by the fact that (though not in the sphere of mandates) the League Covenant did specifically provide for certain exceptions to the basic League unanimity rule,—namely, in particular under paragraphs 4, 6, 7 and 10 of Article 15, and paragraph 4 of Article 16, dealing with matters of peace-keeping⁵⁴. This serves to show that those who framed the Covenant fully realized that there were some situations in which to admit the vote of the interested party would be self-defeating—and these they provided for. They do not seem to have thought so in the case of mandates, nor was such a suggestion ever made in the course

⁵⁴ It has been contended that the power given to the League Council by paragraph 4 of Article 16 of the Covenant to expel a Covenant-breaking member State (though in my opinion relating only to the *peace-keeping* undertakings of the Covenant—see paragraph 1 of this same Article 16) afforded a way by which a mandate could be revoked. Since, according to the express terms of paragraph 4 of Article 16, the concurring vote of the expelled State was not requisite for an expulsion order, a mandatory in breach of its obligations could first be expelled, and then, because it had ceased to be a Member of the League, a decision to revoke its mandate could be taken without it.

This ingenious contention however (about which there may be factual doubts not worth troubling about here) misses the real point;—for if it would not have been possible to get rid of a mandatory without going to these elaborate lengths, what better demonstration could there be that revocability, whether on a basis of inherency or otherwise, simply did not exist within the four corners of the Covenant or the mandates, in respect of any mandatory in the normal situation of still being a Member of the League? That a mandatory might lose its rights if it ceased to be a Member could in practice act as a deterrent, but has no bearing on the juridical issue of what its rights and liabilities were *as* a Member.

Exactly the same principle applies in regard to another contention based on the circumstance that, under Article 26, the Covenant could be *amended* (though only by a vote that had to include the unanimous vote of all the members of the League Council). True, the Covenant could thus be amended;—but in fact it was *not* amended: therefore it is the *unamended* Covenant that governs. It is difficult to know how to deal with this type of argument which, juridically, cannot be taken seriously, except as a clutching at straws.

caractérisait par le fait que le Conseil de la Société des Nations ne pouvait pas imposer ses vues aux mandataires sans leur consentement est difficilement conciliable avec une situation dans laquelle il aurait pu révoquer unilatéralement leurs mandats sans leur consentement, et à fortiori avec l'idée que les Nations Unies posséderaient un tel pouvoir.

Principe d'interprétation applicable

Quand une disposition [comme la règle de vote du Conseil de la Société des Nations] est libellée de manière à ne pouvoir produire qu'un seul effet, toute dérogation, pour être applicable, doit être expressément prévue.

80. Il se trouve que ce principe d'interprétation est abondamment illustré et les vues exprimées au paragraphe précédent revêtent le caractère d'une quasi-certitude, pour la raison que (bien qu'il ne s'agît pas de mandats), le Pacte de la Société des Nations prévoyait en fait expressément certaines exceptions à la règle fondamentale de l'unanimité, entre autres aux paragraphes 4, 6, 7 et 10 de l'article 15 et au paragraphe 4 de l'article 16, concernant le maintien de la paix⁵⁴. Cela montre que les auteurs du Pacte étaient parfaitement conscients de l'existence de certaines situations dans lesquelles c'eût été une contradiction d'admettre la partie intéressée à voter — et que des dispositions avaient été prises en conséquence. Ils ne semblent pas avoir pensé que cela s'appliquait

⁵⁴ On a soutenu que le pouvoir conféré au Conseil de la Société des Nations par l'article 16, paragraphe 4, du Pacte, d'exclure un Membre qui aurait enfreint un des engagements du Pacte (quoique à mon avis il doit s'agir uniquement des clauses du Pacte relatives au *maintien de la paix* — voir le paragraphe 1 du même article 16) fournissait un moyen de révoquer un mandat. En effet, puisque selon l'article 16, paragraphe 4, le vote positif de l'Etat frappé d'exclusion n'était pas nécessaire pour l'adoption d'une résolution d'exclusion, un mandataire ayant failli à ses obligations aurait pu d'abord être exclu et, parce qu'il aurait cessé d'être Membre de la Société des Nations, on aurait pu ensuite révoquer son mandat sans se soucier de son avis.

Mais cette ingénieuse interprétation (qui implique peut-être certains problèmes de fait dont il ne vaut pas la peine de se préoccuper ici) passe à côté de la question; en effet s'il était impossible de se débarrasser d'un mandataire sans ces complications extrêmes, cela ne démontre-t-il pas de façon éclatante que la révocabilité, inhérente ou non, n'existait simplement pas dans le cadre strict du Pacte ou des mandats pour tout mandataire se trouvant dans la situation normale, c'est-à-dire encore Membre de la Société des Nations? Le risque de perdre ses droits en cessant d'être Membre de la Société des Nations pouvait avoir en pratique un certain effet de dissuasion, mais cela n'a rien à voir avec la définition juridique des droits et obligations d'un Membre de la SdN *en tant que tel*.

Le même principe exactement s'applique à propos d'un autre argument, tiré du fait que, en vertu de l'article 26, le Pacte pouvait être *amendé* (bien qu'uniquement par un vote comprenant les voix unanimes de tous les membres du Conseil de la SdN). Il est vrai que le Pacte pouvait être ainsi amendé; mais il ne l'a pas été en fait: c'est donc le Pacte *non* amendé qui s'applique. On voit mal comment contrer ce genre d'argument qui, juridiquement parlant, ne saurait être pris au sérieux, sauf comme argument de désespoir.

of the League's dealings with mandates. It can only be concluded that terminations or changes of administration were never contemplated, except on a basis of agreement.

(iv) *Contemporaneous consideration and rejection of the idea of revocability*

81. Nor was it in any way a question of a mere oversight. Earlier proposals for a mandates system, in particular as put forward by President Wilson on behalf of the United States, did contain provision for the replacement of mandatories, or for the substitution of another mandatory,—and these things (contrary to what is implied in the Opinion of the Court) could of course only be done by revoking (or they would amount to a revocation of) the original mandate. Even the possibility of breaches was not overlooked, for the Wilson proposals also provided, as is correctly stated in the Opinion of the Court, for a “right to appeal to the League for the redress or correction of any breach of the mandate”. There can however be no point in following the Opinion of the Court into a debate as to the precise period and the precise context in which the idea of revocability was discussed,—because what is beyond doubt is that, whether on the basis of President Wilson's proposal, or of some other proposal, it was discussed. The proof of this is something of which the Court's Opinion makes no mention, namely that objections were entertained to the notion of revocability by all the eventual holders of “C” mandates, and by the representatives of governments destined to hold most of the “A” and “B” mandates—in particular by M. Simon on behalf of France and Mr. Balfour (as he then was) on behalf of Great Britain, both of whom pointed out the difficulties, economic and other, that would arise if mandatories did not have complete security of tenure⁵⁵. The idea was accordingly not proceeded with, and the final text of the mandates, and of Article 22 of the Covenant, contained no mention of it. This makes it quite impossible in law to infer that there nevertheless remained some sort of unexpressed intention that a right of revocation should exist, for this would lead to the curious legal proposition that it makes no difference whether a thing is expressed or not. Yet the classic instance of the creation of an irrebuttable presumption

⁵⁵ At the meetings of the Council of Ten on 24-28 January 1919, and subsequently. See *Foreign Relations of the United States: The Paris Peace Conference*, Vol. III, pp. 747-768. It was Mr. Balfour who pointed out (pp. 763-764) that although plenty of consideration had been given to the League aspect of the matter, very little had been given to the position of the mandatories, and that the system could only work if the latter had security of tenure. M. Simon pointed out (p. 761) that mandatories would have little inducement to develop the mandated territories if their future was uncertain.

au cas des mandats, et personne n'a d'ailleurs prétendu qu'il en fût ainsi tout au long de l'activité de la SdN en matière de mandats. La seule conclusion à en tirer est qu'on n'a jamais envisagé la possibilité de mettre fin au mandat ou de changer d'administration, sauf au moyen d'un accord conclu à cet effet.

*iv) Circonstances de l'époque
et rejet de la révocabilité*

81. D'autre part, il ne s'agit nullement d'une simple omission commise par mégarde. Les propositions antérieures relatives à un système de mandats, notamment celles qui avaient été formulées par le président Wilson au nom des Etats-Unis, prévoyaient la possibilité de remplacer un mandataire par un autre, ce qui, bien entendu (contrairement à ce qu'implique l'avis de la Cour), ne pouvait être réalisé qu'en révoquant (ou revenant à révoquer) le mandat primitif. La possibilité de violations même n'était pas négligée, car ces propositions Wilson prévoyaient aussi, comme l'indique à juste titre l'avis de la Cour, le « droit de faire appel à la Société des Nations pour qu'elle remédie à toute violation du mandat ». Il est cependant inutile de s'engager, à la suite de l'avis de la Cour, dans un débat sur la période précise pendant laquelle l'idée de révocabilité a été discutée et sur le contexte précis dans lequel elle l'a été — il n'y a en effet aucun doute qu'elle a *bien été* discutée, soit sur la base de la proposition du président Wilson soit sur la base d'une autre proposition. La preuve en est un élément que l'avis de la Cour ne mentionne pas, à savoir que la notion de révocabilité inspirait des objections à tous les aspirants aux mandats de la catégorie C et aux représentants des gouvernements qui devaient se voir attribuer la plupart des mandats A et B — en particulier à M. Simon pour la France et à M. Balfour (qui n'était pas encore lord Balfour) pour la Grande-Bretagne, lesquels ont tous deux souligné les difficultés, économiques et autres, qui surgiraient si les mandataires n'étaient pas complètement assurés de leur possession⁵⁵. L'idée n'a donc pas été retenue et le texte définitif des mandats et de l'article 22 du Pacte n'en portait plus aucune trace. Il est donc, en droit, tout à fait impossible de conclure à la persistance d'une sorte d'intention inexprimée de prévoir un droit de révocation, car on aboutirait ainsi à la conclusion curieuse, juridiquement parlant, qu'il n'importe aucunement qu'une chose soit dite ou ne soit pas dite. Or l'exemple classique d'une pré-

⁵⁵ Aux réunions du Conseil des Dix tenues le 28 janvier 1919 et à des dates ultérieures. Voir *Foreign Relations of the United States: The Paris Peace Conference*, vol. III, p. 747-768. C'est M. Balfour qui a souligné (p. 763-764) que si la situation de la SdN avait fait l'objet d'un examen approfondi, il n'en était pas de même pour celle des mandataires et que le système ne pouvait fonctionner que si la possession de ces derniers était assurée. M. Simon a insisté (p. 761) sur le fait que les mandataires ne seraient guère encouragés à développer les territoires sous mandat si leur avenir était incertain.

in favour of a given intention is, precisely, where a different course has been proposed but not followed. The motives involved are juridically quite irrelevant, but were in this case clear ⁵⁶.

Applicable Principle of Interpretation

Where a particular proposal has been considered but rejected, for whatever reason, it is not possible to interpret the instrument or juridical situation to which the proposal related as if the latter had in fact been adopted.

82. The episode described in the preceding paragraph directly illustrates and confirms the view expressed in paragraphs 70-72 above. When Statesmen such as President Wilson thought of making mandates revocable (which could only be in a context of possible breaches) they were not content to rely on any inherent principle of revocability but made a definite proposal which, had it been adopted, would have figured as an article in the eventual governing instrument, or instruments. Since however the idea met with specific objections, it was not proceeded with and does not so figure. Therefore to treat the situation as being exactly the same as if it nevertheless did, is inadmissible and contrary to the stability and objectivity of the international legal order. Again, the process of having it both ways is evident.

(v) *The "integral portion" clause*

83. Article 22 of the League Covenant drew a clear distinction between the "C" mandated territories and the other ("A" and "B") territories, inasmuch as in its paragraph 6 it described the former as being territories that could "be best administered under the laws of the Mandatory as integral portions of its territory",—and a clause to that effect figured

⁵⁶ For sheer audacity, it would be hard to equal the attempts made in the course of the present proceedings to represent M. Simon's statement to the effect that every mandate would be revocable and there could be no guarantee of its continuance (which of course *would* have been the case on the basis of the *earlier* idea which M. Simon was *contesting*), as affording evidence of an intention that mandates should be revocable; and that this was only not proceeded with because of a desire to be "tactful" towards the mandatories,—although it is perfectly clear on the face of the record that M. Simon (and Mr. Balfour) were *objecting* to the idea of revocability,—not on grounds of its want of tact, but for economic and other reasons of a highly concrete character,—i.e., France and Great Britain, no less than the "C" mandatories, were not prepared to accept mandates on such a basis.

somption irréfragable en faveur d'une intention donnée est précisément le cas où une solution contraire a été proposée mais non retenue. Les mobiles en jeu sont sans pertinence juridique, mais en l'espèce ils étaient évidents⁵⁶.

Principe d'interprétation applicable

Quand une proposition déterminée a été examinée puis rejetée, pour quelque raison que ce soit, il n'est pas possible d'interpréter l'instrument ou la situation juridique à laquelle cette proposition se rapportait comme si cette dernière avait effectivement été adoptée.

82. L'épisode évoqué au paragraphe précédent illustre et confirme directement l'opinion exprimée aux paragraphes 70 à 72 ci-dessus. Quand des hommes d'Etat tels que le président Wilson ont envisagé de rendre les mandats révocables (ce qui n'était possible que dans la perspective de violations éventuelles) ils ne se sont pas contentés de s'appuyer sur un principe inhérent de révocabilité mais ont fait une proposition précise qui, eût-elle été adoptée, aurait figuré dans l'instrument ou les instruments applicables, dont elle aurait formé l'un des articles. En raison des objections formulées, l'idée n'a cependant pas été retenue et consacrée par les textes. Considérer que la situation se présente exactement comme si elle l'avait été est donc inadmissible et contraire à la stabilité et à l'objectivité de l'ordre juridique international. Là encore, on cherche à gagner sur les deux tableaux.

v) *La clause de la*
« *partie intégrante* »

83. L'article 22 du Pacte de la Société des Nations faisait une distinction très nette entre les mandats C d'une part et les mandats A et B d'autre part (en effet, le paragraphe 6 de cet article déclare que les territoires sous mandat C « ne sauraient être mieux administrés que sous les lois du Mandataire, comme une partie intégrante de son territoire »), et c'est pourquoi le texte des mandats C contient une disposition dans ce

⁵⁶ Il serait difficile de montrer plus d'aplomb qu'on ne l'a fait dans la présente procédure quand on a prétendu trouver dans les propos de M. Simon, qui avait dit que chaque mandat serait révocable et que sa continuité ne pourrait être garantie (ce qui, bien entendu, eût été vrai sur la base de l'idée *antérieure* du président Wilson que M. Simon *combattait*), la preuve qu'on avait d'abord voulu que les mandats puissent prendre fin, mais qu'on n'avait pas donné suite à cette intention pour faire montre de tact à l'égard des mandataires. Il est en effet parfaitement clair, d'après les textes dont on dispose, que M. Simon (et M. Balfour) *s'élevaient* contre l'idée que les mandats puissent être révocables, non parce qu'ils voyaient là un manque de tact mais pour des raisons, économiques notamment, d'un caractère des plus concrets — à savoir que la France et la Grande-Bretagne tout autant que les mandataires de la catégorie C, n'étaient pas disposées à accepter des mandats dans ces conditions.

in the "C" mandates accordingly (text in footnote 57). This distinction was not, however, fully maintained; for a similar clause eventually appeared in the "B" mandates as well,—though without warrant for this in the Covenant. But this does not invalidate the point to be made because, as has been seen in the previous sub-section (paragraph 81), the notion of revocability was as unacceptable to the "B" as to the "C" mandates. The point involved is that the "integral portion" clause came very close in its wording to the language of incorporation—indeed it only just missed it. It did not amount to that of course, for annexation or cession in sovereignty of the mandated territory was something which it was one of the aims of the mandates system to avoid. But this clause did create a situation that was utterly irreconcilable with unilateral *revocability*,—with the idea that at some future date the existing administrative and legal integrations, and applicable laws of the mandatory concerned, could be displaced by the handing over of the territory to another mandatory, to be then administered as an integral portion of *its* territory and subjected to another set of laws;—and of course this process could in theory be repeated indefinitely, if the revocability in principle of mandates once came to be admitted.

84. In consequence, although the mandates did not contain any provision affirmatively ruling out revocability, the "integral portion" clause in the "B" and "C" mandates had in practice much the same effect. Significantly, no such clause figured in any of the "A" mandates which were, from the start (paragraph 4 of Article 22 of the Covenant), regarded as relating to territories whose "existence as independent nations can be provisionally recognized". Naturally the insertion of the "integral portion" clause in the "B" and "C" mandates did not in any way preclude the eventual attainment of self-government or independence by the territories concerned, as indeed happened with most of them some forty years later,—*with the consent of the mandatory concerned*; but that is another matter. What it did preclude was any interim change of régime *without* the consent of the mandatory.

⁵⁷ In the Mandate for SW. Africa that provision read as follows:

"The Mandatory shall have full power of administration and legislation over the territory subject to the present Mandate as an integral portion of the Union of South Africa, and may apply the laws of the Union of South Africa to the territory, subject to such local modifications as circumstances may require."

The phrase "subject to the present Mandate" of course qualifies and describes the word "territory".

sens (reproduite dans la note ⁵⁷). Cette distinction n'a cependant pas été maintenue de façon absolue, une clause analogue ayant été en fin de compte insérée dans les mandats B également — quoique cela ne soit pas prévu dans le Pacte. Mais cela n'infirmes pas l'argument car, comme nous l'avons vu sous la rubrique précédente (par. 81), la notion de révocabilité avait été rejetée aussi bien par les mandataires B que par les mandataires C. Ce qu'il faut retenir, c'est que, dans son libellé, la clause de la « partie intégrante » se rapprochait beaucoup de la notion d'incorporation au territoire du mandataire — pour un peu, elle se serait confondue avec elle. Evidemment, elle n'allait pas tout à fait jusque-là, puisque précisément l'un des objectifs du système des mandats était d'éviter l'annexion ou la cession de souveraineté sur le territoire sous mandat. Elle créait cependant une situation totalement incompatible avec la notion de *révocabilité* unilatérale, laquelle impliquait qu'à une date future on puisse revenir sur l'intégration administrative et juridique et éliminer la législation du mandataire applicable dans le territoire en confiant celui-ci à un autre mandataire qui l'administrerait comme partie intégrante de son territoire et l'assujettirait à d'autres lois; et, bien entendu, ce processus pouvait en théorie se répéter indéfiniment, le principe de la révocabilité du mandat une fois admis.

84. Par conséquent, si aucune disposition des mandats n'excluait positivement la révocabilité, la clause de la « partie intégrante » figurant dans les mandats B et C avait un résultat très voisin dans la pratique. Il est symptomatique qu'aucune clause de ce genre ne figurait dans les mandats de la catégorie A, considérés dès l'origine (Pacte, art. 22, par. 4) comme applicables à des territoires dont l'« existence comme nations indépendantes peut être reconnue provisoirement ». Assurément la présence de la clause de la « partie intégrante » pour les mandats B et C n'excluait en rien, pour les territoires en cause, la possibilité d'accéder pour finir à l'autodétermination ou à l'indépendance comme il advint d'ailleurs pour la plupart d'entre eux quelque quarante ans plus tard, *avec le consentement du mandataire intéressé*; mais cela est une autre question. Ce que la clause interdisait, c'était un changement intérimaire de régime effectué *sans* le consentement du mandataire.

⁵⁷ Dans le Mandat pour le Sud-Ouest africain cette disposition est libellée comme suit :

« Le Mandataire aura pleins pouvoirs d'administration et de législation sur le territoire faisant l'objet du Mandat. Ce territoire sera administré selon la législation du Mandataire comme partie intégrante de son territoire. Le Mandataire est en conséquence autorisé à appliquer aux régions soumises au mandat la législation de l'Union de l'Afrique du Sud, sous réserve des modifications nécessitées par les conditions locales. »

L'expression « faisant l'objet du Mandat » qualifie et définit le mot « territoire ».

(c) *Positive contra-indications:—(2) based on the circumstances prevailing when the mandates system was established*

85. As is well known, the mandates system represented a compromise between, on the one hand, President Wilson's desire to place all enemy territory outside Europe or Asia Minor (and even some in Europe) under direct League of Nations administration,—and, on the other hand, the desire of some of the Allied nations (more particularly as regards the eventual "C" mandates) to obtain a cession to themselves of these territories, which their forces had overrun and occupied during the war⁵⁸. The factor of "geographical contiguity to the territory of the Mandatory", specifically mentioned in paragraph 6 of Article 22 of the Covenant, was of course especially (indeed uniquely) applicable to the case of SW. Africa, and had unquestionably been introduced with that case in mind. The compromise just referred to was accepted only with difficulty by some of the mandatories and, in the case of the "C" mandates only after assurances that the mandates would give them ownership in all but name⁵⁹. Whether this attitude was unethical according to present-day standards (it certainly was not so then) is juridically beside the point. It clearly indicates what the *intentions* of the parties were, and upon what basis the "C" mandates were accepted. This does not of course mean that the mandatories obtained sovereignty. But it does mean that they could never, in the case of these territories contiguous to or very near their own⁶⁰, have been willing to accept a system according to which, at the will of the Council of the League, they might at some future date find themselves displaced in favour of another entity—possibly a hostile or unfriendly one—(as is indeed precisely the intention now). No sovereign State at that time—or indeed at any other time—would have accepted the administration of a territory on such terms. To the mandatories, their right of veto in the Council was an essential condition of their acceptance of this compromise,—and that they viewed it as extending to any question involving a possible change in the identity of the mandatory is beyond all possible doubt. Here once more is a consideration that completely negatives the idea of unilateral revocability.

⁵⁸ Such occupation, being a war-time one, was not in the nature of annexation, and its ultimate outcome had in any case to await the eventual peace settlement.

⁵⁹ See Mr. Lloyd George's statement to the Prime Minister of Australia, and the question put by Mr. Hughes of Canada, as given by Slonim in *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. VI, p. 135, citing Scott, "Australia During the War" in *The Official History of Australia in the War of 1914-18*, XI, p. 784.

⁶⁰ On the geographical question, see the very forthright remarks made about SW. Africa by Mr. Lloyd George to President Wilson as recorded in the former's *The Truth About the Peace Treaties*, Vol. I, pp. 114 *et seq* and 190-191.

c) *Contre-indications positives 2) résultant des circonstances qui régnaient au moment où le système des mandats a été établi*

85. Comme on le sait, le système des mandats a représenté un compromis entre, d'une part, le désir du président Wilson de placer sous l'administration directe de la Société des Nations tous les territoires ex-ennemis situés hors d'Europe ou d'Asie mineure (et même quelques territoires situés *en Europe*) et, d'autre part, le désir de certaines des nations alliées (plus particulièrement en ce qui concerne les futurs mandats C) d'obtenir que les territoires qu'elles avaient envahis et occupés militairement pendant la guerre leur soient cédés⁵⁸. Le facteur de la « contiguïté géographique au territoire du mandataire », expressément mentionné à l'article 22, paragraphe 6, du Pacte, était bien entendu applicable spécialement, et même uniquement, au Sud-Ouest africain et avait sans aucun doute été introduit à son sujet. Le compromis dont je viens de parler ne fut accepté qu'avec difficulté par certains des mandataires intéressés et, pour ce qui est des mandats C, uniquement quand l'assurance eut été donnée que les mandats correspondaient, au nom près, à un titre de propriété⁵⁹. Que cette attitude ait été contraire à l'éthique actuelle (elle ne l'était certainement pas à celle de l'époque) est juridiquement hors de propos. Elle montre clairement quelles étaient les *intentions* des parties et sur quelle base les mandats C ont été acceptés. Bien sûr, cela ne veut pas dire que les mandataires obtenaient la souveraineté, mais cela veut dire que, pour les territoires contigus au leur ou très proches de celui-ci⁶⁰, ils n'auraient jamais accepté un système dans lequel, selon le bon plaisir du Conseil de la SdN, ils auraient pu être évincés par la suite au profit d'une autre entité, éventuellement hostile ou inamicale (ce que l'on cherche précisément à faire aujourd'hui). Aucun Etat souverain à l'époque — ou en fait à toute autre époque — n'aurait accepté d'administrer un territoire dans ces conditions. Pour les mandataires, le droit de veto au Conseil était une condition essentielle de l'acceptation du compromis et il ne fait aucun doute que, dans leur esprit, il s'appliquait à toute question pouvant éventuellement entraîner un changement de mandataire. C'est là un autre élément qui réduit à néant l'idée d'un pouvoir unilatéral de révocation.

⁵⁸ Cette occupation, étant une occupation de temps de guerre, n'avait pas le caractère d'une annexion et son aboutissement final devait de toute façon attendre le règlement de paix à venir.

⁵⁹ Voir la déclaration de M. Lloyd George au premier ministre d'Australie et la question de M. Hughes (Canada) rappelées par Slonim dans *Canadian Yearbook of International Law*, vol. VI, p. 135, citant Scott, « Australia During the War » dans *The Official History of Australia in the War of 1914-18*, XI, p. 784.

⁶⁰ Sur la question géographique, voir la remarque très nette de M. Lloyd George au président Wilson au sujet du Sud-Ouest africain, qui est rappelée dans Lloyd George, *The Truth About the Peace Treaties*, vol. I, p. 114 et suiv. et p. 190-191.

3. General conclusion

86. Taking these various factors together, as they have been stated in the preceding paragraphs, the conclusion must be that no presumptions or unexpressed implications of revocability are applicable in the present case, and that in any event they would be overwhelmingly negated by the strongest possible contra-indications.

87. *Test of this conclusion*—a good test of this conclusion is to enquire what happened as regards those former mandated territories that were eventually placed under the United Nations trusteeship system. Here was an opportunity for the Assembly to introduce an express power of unilateral revocation into the various trusteeship agreements entered into under Article 79 of the Charter. This however was not done, for one very simple reason, namely that not a single administering authority, in respect of any single trusteeship, would have been prepared to agree to the inclusion of such a power—any more than, as a mandatory, it had been prepared to agree to it in the time of the League. The point involved is of exactly the same order (though in a different but related context⁶¹) as that to which attention was drawn in paragraphs 93-95 of the 1966 Judgment of the Court⁶¹, where it was stated (*I.C.J. Reports 1966*, p. 49) that there was *one* test that could be applied in order to ascertain what had really been intended, namely,

“... by enquiring what the States who were members of the League when the mandates system was instituted did when, as Members of the United Nations, they joined in setting up the trusteeship system that was to replace the mandates system. In effect ... they did exactly the same as had been done before ...”.

And so it was over revocation. No more than before was any provision for it made. Is it really to ascribe this to a belief that it was not necessary because all international mandates and trusts were inherently subject to unilateral revocation, irrespective of the consent of the administering authority?—or would it be more reasonable to suppose that it was because no such thing was intended? If no such thing was intended in the case of the *trust* territories (all of them formerly mandated territories), this was

⁶¹ The 1966 Judgment of the Court found that the compulsory adjudication articles of the mandates only applied to disputes concerning clauses about the economic and other *individual* interests of members of the League, and not to clauses concerning the conduct of the mandates themselves, which was a matter vested collectively in the League as an entity. This view was confirmed by the fact that, in the trusteeship agreements relating to former mandated territories, a compulsory adjudication article figured only in those trusteeships which included clauses of the former kind, but not in those which were confined to the latter type of clause.

3. Conclusion générale

86. Si l'on considère tous les facteurs examinés dans les paragraphes précédents, force est de conclure qu'aucune présomption ou implication non exprimée de révocabilité n'est applicable en l'espèce et qu'en tout cas les plus fortes contre-indications écarteraient totalement toute présomption ou implication de cet ordre.

87. *Vérification de cette conclusion.* — Un bon moyen de s'assurer du bien-fondé de cette conclusion consiste à examiner ce qu'il est advenu des anciens territoires sous mandat placés sous la tutelle des Nations Unies. L'Assemblée avait l'occasion d'introduire un pouvoir spécifique de révocation unilatérale dans les divers accords de tutelle conclus en application de l'article 79 de la Charte. Mais cela n'a pas été fait, pour la raison très simple que pas une des puissances administrantes n'aurait été plus disposée à consentir à l'inclusion d'un tel pouvoir dans un accord de tutelle qu'elle n'avait été disposée à y consentir en tant que mandataire à l'époque de la Société des Nations. La question qui se pose ici est exactement du même ordre (quoique se situant dans un contexte différent, mais connexe)⁶¹ que celle qui est signalée aux paragraphes 93 à 95 de l'arrêt de la Cour rendu en 1966⁶¹, où il est dit (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 49) qu'il y avait un critère *applicable* pour déterminer l'intention véritable, à savoir :

« rechercher ce que les Etats qui étaient Membres de la Société des Nations au moment de l'institution du système des Mandats ont fait, lorsque, devenus Membres de l'Organisation des Nations Unies, ils ont participé à l'établissement du régime de tutelle destiné à remplacer le système des Mandats. Or ... ils ont fait exactement la même chose qu'auparavant... »

C'est bien ce qui s'est passé en ce qui concerne la révocation. Non plus qu'auparavant, aucune disposition n'a été prévue à ce sujet. Est-ce vraiment parce qu'on a estimé inutiles de telles dispositions pour la raison que tous les mandats et accords de tutelle internationaux étaient intrinsèquement sujets à révocation unilatérale, que l'autorité administrante y consente ou non? Ne serait-il pas plus raisonnable de supposer que cela tenait à ce qu'on n'a rien envisagé de semblable? Si l'on n'a rien envisagé de tel

⁶¹ Selon l'arrêt rendu par la Cour en 1966, les articles des mandats qui prévoient une procédure obligatoire de règlement judiciaire ne s'appliquent qu'aux différends concernant les clauses sur les intérêts économiques et autres intérêts individuels des Membres de la Société des Nations mais non les clauses relatives à la gestion des mandats eux-mêmes, matière confiée à la SdN agissant pour la collectivité de ses Membres. Cette manière de voir est confirmée par le fait que, dans les accords de tutelle portant sur d'anciens territoires sous mandat, la juridiction obligatoire n'est prévue que dans les accords comportant des clauses du premier type et non dans ceux qui ne contenaient que des clauses du second type.

because no such thing had been intended, or had ever been instituted, in the case of the mandated territories themselves, *as mandates*. The former mandatories were simply perpetuating in this respect the same system as before (*and the Assembly tacitly agreed to this under the various trusteeship agreements*). This previous system of course applied, and continues to apply, to the mandated territory of SW. Africa.

* * *

88. Since the conclusion reached is that League of Nations mandates would not have been subject to unilateral revocation by the Council of the League or—what comes to the same thing—that the concurrence of the mandatory concerned would have been required for any change of mandatory, or for the termination of the mandate on a basis of self-government or independence;—and since the United Nations cannot have any greater powers in the matter than had the League, it follows that the Assembly can have had no competence to revoke South Africa's mandate, even if it had become subrogated to the League Council's supervisory role—for that role did not comprise any power of unilateral revocation.

* * *

89. There are however other reasons, resulting from the United Nations Charter itself, why the organs of the United Nations had no competence to revoke the Mandate, whether or not they would otherwise have had it; and these will now be considered in the next main section (Section C).

SECTION C

LIMITATIONS ON THE COMPETENCE AND POWERS OF THE ORGANS OF THE UNITED NATIONS UNDER THE CHARTER

90. In the two preceding main sections it has been held, *first* (Section A) that the United Nations as an Organization never became invested with any supervisory function in respect of mandates not voluntarily converted into trusteeships, and never became subrogated to the sphere of competence of the former League of Nations in respect of mandates; and *secondly* (Section B) that since in any event that competence did not include any power of unilateral revocation of a mandate, or of terminating it without the consent of the mandatory concerned, the United Nations would equally have had no competence to exercise such a power even if it had,

dans le cas des *territoires sous tutelle* (qui étaient tous d'anciens territoires sous mandat), c'est qu'on n'avait jamais rien envisagé, et encore moins établi de tel, pour les territoires sous mandat eux-mêmes en tant que *mandats*. Les anciens mandataires ne faisaient que perpétuer à cet égard le système antérieur (*et l'Assemblée y a tacitement consenti par la voie des divers accords de tutelle*). Bien entendu ce système antérieur s'appliquait et continue à s'appliquer au territoire sous Mandat du Sud-Ouest africain.

* * *

88. Dès lors que la conclusion à laquelle on aboutit est que les mandats de la Société des Nations n'auraient pu être unilatéralement révoqués par le Conseil de la Société — ou, ce qui revient au même — que le consentement du mandataire intéressé aurait été requis pour tout changement de mandataire ou pour l'extinction du mandat par accession du territoire à l'autonomie ou à l'indépendance, et puisque l'Organisation des Nations Unies ne saurait en la matière avoir des pouvoirs plus étendus que ceux de la SdN, il s'ensuit que l'Assemblée générale ne pouvait avoir compétence pour révoquer le mandat de l'Afrique du Sud, même si elle a été subrogée au Conseil de la Société des Nations dans son rôle de surveillance, car ce rôle ne comprenait aucun pouvoir de révocation unilatérale.

* * *

89. D'autres arguments tirés de la Charte des Nations Unies elle-même expliquent pourquoi les organes des Nations Unies n'étaient pas habilités à révoquer le Mandat, quand bien même ils auraient eu par ailleurs la compétence voulue; ce sont ces arguments qui seront examinés dans la section suivante (section C).

SECTION C

LIMITES DE LA COMPÉTENCE ET DES POUVOIRS QUE LES ORGANES DES NATIONS UNIES TIENNENT DE LA CHARTE

90. Dans les deux grandes sections qui précèdent je fais valoir, *primo* (section A) que les Nations Unies, en tant qu'organisation, n'ont jamais été ni chargées d'une fonction de surveillance pour les mandats qui n'ont pas été convertis volontairement en accords de tutelle ni subrogées à l'ancienne Société des Nations dans sa compétence en matière de mandats; et *secundo* (section B) que puisque en tout cas cette compétence ne comprenait ni le pouvoir de révoquer unilatéralement un mandat ni celui d'y mettre fin sans le consentement du mandataire intéressé, les Nations Unies, même si elles avaient été, en principe, subrogées au rôle

in principle, become subrogated to the role of the League in respect of mandates. But in addition to the limitations thus arising, both from general rules of law and from the provisions of the relevant governing instruments, there is also the question of the limitations imposed upon the competence and sphere of authority of the organs of the United Nations by the constitution of the latter, as embodied in its Charter. Since these organs (in the present context the General Assembly and the Security Council) are the creations of the Charter, they are necessarily subject to such limitations, and can *prima facie*, take valid action only upon that basis.

*1. Competence and Powers of the General Assembly
under the Charter*

91. So far as the Assembly is concerned, there arises at the outset an important preliminary question, namely whether it was competent to act as (in effect) a court of law to pronounce, as judge in its own cause, on charges in respect of which it was itself the complainant. In my opinion it was not; and this suffices in itself to render Resolution 2145, by which the Assembly purported to revoke the Mandate for SW. Africa, invalid and inoperative. However, in order not to break the thread of the present argument, I deal with the matter in the first section of the Annex to this Opinion.

*(i) The Assembly lacks any general
competence to take action of
an executive character*

92. In contrast with the former League of Nations, in which both main bodies, except in certain specified cases, acted by unanimity, the basic structure adopted in the drafting of the United Nations Charter consisted in the establishment of a careful balance between a small organ—the Security Council, acting within a comparatively limited field, but able, in that field, to take binding decisions for certain purposes;—and a larger organ, the General Assembly, with a wide field of competence, but in general, only empowered to discuss and recommend;—this distinction being fundamental. The powers of the Security Council will be considered at a later stage. As to the Assembly, the list appended below in footnote 62 indicates the general character of what it was empowered to do. From

⁶² The list shows that the Assembly is either limited to making recommendations, or that where it can do more, it is as a result of a specific power conferred by the express terms of some provision of the Charter. In other words the Assembly has no inherent or residual power to do more than recommend.

(a) The recommendatory functions are described as follows:—

[The General Assembly]

Article 10: “may discuss . . . and . . . make recommendations”;

Article 11, paragraph 1: “may consider . . . and . . . make recommendations”;

de la SdN à l'égard des mandats, ne seraient pas non plus compétentes pour exercer un tel pouvoir. Mais, outre les limitations découlant ainsi des règles générales de droit, d'une part, et des dispositions des instruments régissant la matière, d'autre part, il se pose aussi la question des limitations imposées à la compétence et à l'autorité des organes des Nations Unies par la constitution de cette organisation telle qu'elle est établie par la Charte. Comme ces organes (en l'espèce l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité) sont des créations de la Charte, ils sont nécessairement soumis à ces limitations et, jusqu'à preuve du contraire, ne peuvent agir valablement que sur cette base.

*1. Compétence et pouvoirs de l'Assemblée générale
en vertu de la Charte*

91. Pour ce qui concerne l'Assemblée une importante question préliminaire se pose, celle de savoir si l'Assemblée était compétente pour s'ériger en tribunal (ce qu'elle a fait) et pour se prononcer comme juge en sa propre cause sur des accusations qu'elle avait elle-même portées. A mon avis elle ne l'était pas; et cela suffit, en soi, pour rendre la résolution 2145, par laquelle l'Assemblée a prétendu révoquer le mandat sur le Sud-Ouest africain, nulle et sans effet. Toutefois, pour ne pas rompre le fil du raisonnement, je traite de cette question dans la première section de l'annexe à la présente opinion.

*i) L'Assemblée n'a pas de compétence générale
pour prendre des mesures de caractère
exécutif*

92. Si dans l'ancienne Société des Nations, les deux organes principaux agissaient, sauf dans certains cas expressément prévus, à l'unanimité, la structure de base qui a été adoptée lors de l'élaboration de la Charte des Nations Unies repose sur un équilibre minutieux entre un organe à composition restreinte — le Conseil de sécurité, agissant dans un domaine relativement limité mais capable dans ce domaine de prendre à certaines fins des décisions obligatoires — et un organe plus nombreux, l'Assemblée générale, dont la compétence est plus vaste mais qui, en général, n'a que des pouvoirs de discussion et de recommandation; cette distinction est fondamentale. J'aborderai ultérieurement la question des pouvoirs du Conseil de sécurité. Quant à l'Assemblée, la note⁶² ci-des-

⁶² La liste qui suit montre ceci: ou bien l'Assemblée générale doit se borner à formuler des recommandations ou bien, là où elle peut faire plus, c'est en vertu d'un pouvoir spécifique qui lui est reconnu en termes exprès par une des dispositions de la Charte. Autrement dit, l'Assemblée n'a aucun pouvoir intrinsèque ou résiduel lui permettant de faire autre chose que des recommandations:

a) Les pouvoirs qu'a l'Assemblée générale de formuler des recommandations sont exprimés comme suit:

[L'Assemblée générale]

Article 10: « peut discuter ... et ... formuler ... des recommandations »;

Article 11, paragraphe 1: « peut étudier ... et ... faire ... des recommandations »;

what this list reveals (seen against the whole conceptual background of the Charter), there arises an irrebuttable presumption that except in the few cases (see section (d) of the list) in which executive or operative powers are specifically conferred on the Assembly, it does not, so far as the Charter is concerned, have them. In consequence, anything else it does outside those specific powers, whatever it may be and however the relevant resolution is worded, *can* only operate as a recommendation. It should hardly be necessary to point out the fallacy of an argument which would attribute to the Assembly a residual power to take executive action at large, because it has a *specific* power so to do under certain particular articles (4, 5, 6 and 17). On the contrary, the correct inference is the reverse one—that where no such power has been specifically given, it does not exist.

93. It follows ineluctably from the above, that the Assembly has no *implied* powers except such as are mentioned in (e) of footnote 62. *All* its powers, whether they be executive or only recommendatory, are precisely formulated in the Charter and there is no residuum. Naturally any organ must be deemed to have the powers necessary to enable it to perform the specific functions it is invested with. This is what the Court had in mind when, in the *Injuries to United Nations Servants* (Count Bernadotte) case (*I.C.J. Reports 1949*, p. 182), it said that the United Nations:

Article 11, paragraph 2: “may discuss . . . and . . . make recommendations”;

Article 11, paragraph 3: “may call . . . attention . . . to”;

Article 12, paragraph 1: “shall not make any recommendation . . . unless [so requested]”;

Article 13: “shall initiate studies and make recommendations”;

Article 14: “may recommend measures”;

Article 15: “shall receive and consider [reports]”;

Article 16: “shall perform such functions . . . as are assigned to it [by Chapters XII and XIII of the Charter]”;

Article 105, paragraph 3: “may make recommendations”.

- (b) The peace-keeping functions conferred upon the Assembly by Article 35 are, by its third paragraph, specifically stated to be “subject to the provisions of Articles 11 and 12” (as to which, see above).
- (c) As regards Chapters XII and XIII of the Charter (trusteeships), the only provisions which refer to the Assembly are:

Article 85, which (without any indication of what the functions in question are) provides that the non-strategic area functions of the United Nations “with regard to *trusteeship agreements*” (italics added) “including the approval of the terms of” such agreements, “shall be exercised by the . . . Assembly”.

Article 87, under which the Assembly may “consider reports” (“submitted by the administering authority”); “accept petitions and examine them” (“in consultation with [that] authority”); “provide for periodic visits” to trust

sous donne une idée générale de ses pouvoirs. La liste qui y figure (compte tenu de la conception générale qui a inspiré la Charte) fait apparaître une présomption irréfutable selon laquelle, sauf dans quelques cas (voir alinéa *d*) de la liste) où des pouvoirs d'action ou d'exécution lui sont spécifiquement conférés, l'Assemblée ne possède d'après la Charte aucun pouvoir de cet ordre. En conséquence, quoi que l'Assemblée puisse faire d'autre en dehors de ces pouvoirs spécifiques, et quels que soient les termes de la résolution pertinente, la décision qu'elle prend ne peut avoir que la valeur d'une recommandation. Il est à peine nécessaire d'attirer l'attention sur le caractère fallacieux de l'argument selon lequel l'Assemblée aurait un pouvoir résiduel lui permettant de prendre des mesures d'exécution dans toutes sortes de domaines parce qu'un pouvoir *spécifique* dans ce sens lui est reconnu par certains articles particuliers (art. 4, 5, 6 et 17). C'est la déduction contraire qui est exacte: lorsqu'un pouvoir de ce genre n'est pas spécifiquement prévu, il n'existe pas.

93. Il suit inéluctablement de ce qui précède que l'Assemblée générale ne possède d'autres *pouvoirs implicites* que ceux qui sont mentionnés à l'alinéa *e*) de la note 62. Tous les pouvoirs de l'Assemblée, qu'ils soient exécutifs ou qu'ils aient le caractère de recommandations, sont expressément définis dans la Charte, et il n'y a pas de pouvoir résiduel. Évidemment, il faut présumer que tout organisme a les pouvoirs qui lui sont nécessaires pour remplir les fonctions spécifiques dont il est chargé. C'est à cela que la Cour a songé lorsque, dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (comte Bernadotte), elle a affirmé que l'Organisation des Nations Unies

Article 11, paragraphe 2: « peut discuter ... et ... faire ... des recommandations »;

Article 11, paragraphe 3: « peut attirer l'attention ... sur »;

Article 12, paragraphe 1: « ne doit faire aucune recommandation ... à moins [qu'on] ne le lui demande »;

Article 13: « provoque des études et fait des recommandations »;

Article 14: « peut recommander les mesures »;

Article 15: « reçoit et étudie [les rapports...] »;

Article 16: « remplit ... les fonctions qui lui sont dévolues [en vertu des chapitres XII et XIII de la Charte] »;

Article 105, paragraphe 3: « peut faire des recommandations ».

- b) Les pouvoirs conférés à l'Assemblée par l'article 35 en ce qui concerne le maintien de la paix sont définis, au paragraphe 3, comme étant « soumis aux dispositions des articles 11 et 12 » (pour ces articles, voir plus haut).
- c) Dans les chapitres XII et XIII de la Charte (tutelle), les seules dispositions qui intéressent l'Assemblée sont les suivantes:

L'article 85 qui dispose (sans préciser la nature des fonctions en question) que, pour les zones non stratégiques, les fonctions de l'Organisation des Nations Unies « en ce qui concerne les *accords* de tutelle » (les italiques sont de nous) « y compris l'approbation des termes » de ces accords « sont exercés par l'Assemblée générale ».

L'article 87, en vertu duquel l'Assemblée peut « examiner les rapports » (« soumis par l'autorité chargée de l'administration »); « recevoir des pétitions et les examiner » (« en consultation avec ladite autorité »); « faire procéder à des visites

“... must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication as being essential to the performance of its duties”.

This is acceptable if it is read as being related and confined to existing and specified duties; but it would be quite another matter, by a process of implication, to seek to bring about an *extension* of functions, such as would result for the Assembly if it were deemed (outside of Articles 4, 5, 6 and 17) to have a non-specified power, not only to discuss and recommend, but to take executive action, and to bind.

94. In the same way, whereas the practice of an organization, or of a particular organ of it, can modify the manner of exercise of one of its functions (as for instance in the case of the veto in the Security Council which is not deemed to be involved by a mere abstention), such practice cannot, in principle, modify or add to the function itself. Without in any absolute sense denying that, through a sufficiently steady and long-continued course of conduct, a new tacit *agreement* may arise having a modificatory effect, the presumption is against it,—especially in the case of an organization whose constituent instrument provides for its own amendment, and prescribes with some particularity what the means of effecting this are to be. There is a close analogy here with the principle enunciated by the Court in the *North Sea Continental Shelf* case (*I.C.J. Reports 1969*, p. 25) that when a convention has in terms provided for a

territories (“at times agreed upon with the [same] authority”); and “take these and other actions in conformity with the terms of the trusteeship agreements” (italics added).

None of this invests the Assembly with any binding or executive powers except in so far as might specifically be conferred upon it by the express terms of the trusteeship agreements. These did not in fact any of them do so (see footnote 64 below).

(d) In the result, the only provisions of the Charter which confer executive or quasi-executive powers on the Assembly are:

Articles 4, 5 and 6, which enable the Assembly to admit a new Member, or suspend or expel an existing one,—in each case only upon the recommendation of the Security Council; and *Article 17*, under paragraph 1 of which the Assembly is to “consider and approve” the budget of the Organization, with the corollary (paragraph 2) that the expenses of the Organization are to be borne by the Members “as apportioned by the Assembly”. Under paragraph 3, the Assembly is to “consider and approve” financial arrangements with the specialized agencies, but is only to “examine” their budgets “with a view to making recommendations” to them.

(e) The Assembly naturally has those purely domestic, internal, and procedural executive powers without which such a body could not function, e.g., to elect its own officers; fix the dates and times of its meetings; determine its agenda; appoint standing committees and *ad hoc* ones; establish staff regulations; decide to hold a diplomatic conference under United Nations auspices, etc., etc.

« doit être considérée comme possédant ces pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 182).

Cette proposition est acceptable si on la rattache et si on la limite à des fonctions existantes et définies; mais ce serait tout autre chose de chercher à en déduire, par implication, une *extension* de fonctions, comme ce serait le cas si l'on estimait que l'Assemblée a des pouvoirs non spécifiés (à part ceux que prévoient les articles 4, 5, 6 et 17) lui permettant non seulement de discuter et de recommander, mais de prendre des mesures d'exécution et des mesures ayant force obligatoire.

94. De même, alors que la pratique d'une organisation ou d'un de ses organes peut modifier la façon dont s'exerce l'une de ses fonctions (comme c'est le cas notamment au Conseil de sécurité pour le veto, qu'une simple abstention n'est pas censée faire jouer) cette pratique ne peut pas, en principe, modifier ou élargir la fonction elle-même. Sans nier absolument qu'une ligne de conduite suivie de manière suffisamment régulière et prolongée puisse donner naissance à un nouvel *accord* tacite entraînant une modification, c'est la présomption contraire qui joue, surtout dans le cas d'une organisation dont l'acte constitutif prévoit son propre amendement et en spécifie les modalités. Il y a ici une analogie étroite avec le principe énoncé par la Cour en l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 25) selon lequel, lorsqu'une convention prévoit expressément la méthode à suivre

périodiques » dans les territoires sous tutelle (« à des dates convenues avec [ladite autorité] »; et « prendre ces dispositions et toutes autres conformément aux termes des accords de tutelle » (les italiques sont de nous).

Aucune de ces dispositions n'attribue à l'Assemblée des pouvoirs contraignants ou d'ordre exécutif, à l'exception de ceux qui peuvent lui être spécifiquement reconnus par les termes exprès des accords de tutelle. En fait, aucun de ces accords ne lui confère de tels pouvoirs. (Voir note 64 ci-après.)

d) En fin de compte, les seules dispositions de la Charte qui confèrent à l'Assemblée générale des pouvoirs exécutifs ou quasi exécutifs sont les suivantes :

Les articles 4, 5 et 6, qui autorisent l'Assemblée à admettre un nouveau Membre, à suspendre ou à exclure un Membre de l'Organisation, dans chaque cas uniquement sur recommandation du Conseil de sécurité; et *l'article 17*, dont le paragraphe 1 dispose que l'Assemblée générale « examine et approuve » le budget de l'Organisation, avec le corollaire (par. 2) que les dépenses de l'Organisation sont supportées par les Membres « selon la répartition fixée par l'Assemblée générale ». Aux termes du paragraphe 3, l'Assemblée « examine et approuve » les arrangements financiers passés avec les institutions spécialisées, mais « examine » leurs budgets seulement « en vue de leur adresser des recommandations ».

e) L'Assemblée possède évidemment les pouvoirs exécutifs d'ordre purement interne et procédural sans lesquels un tel organisme ne pourrait pas fonctionner, c'est-à-dire qu'elle peut élire son propre bureau, fixer les heures et dates de ses séances, établir son ordre du jour, constituer des commissions permanentes et *ad hoc*, arrêter le statut du personnel, décider de convoquer des conférences diplomatiques sous les auspices des Nations Unies, etc.

particular method whereby some process is to be carried out (in that case it was the method of becoming bound by the convention), it was “not lightly to be presumed that”, although this method had not been followed, the same result had “nevertheless somehow [been achieved] in another way”—a principle which, had it been applied by the Court in the present case⁶³, would have led to a totally different outcome, as can be seen from Sections A and B above.

95. Translating this into the particular field of mandates, it is clear that, just as the Assembly would have no power to make a grant of sovereign independence to a non-self-governing territory under Articles 73 and 74 of the Charter, nor to terminate a trusteeship without the consent of the administering authority (see relevant clauses of the various trusteeship agreements made under Article 79 of the Charter⁶⁴),—so equally, given the actual language of the Charter, does the Assembly have no power to evict a mandatory. Any resolution of the Assembly purporting to do that could therefore only have the status of, and operate as, a non-binding recommendation. The power given to the Assembly by Articles 5 and 6 of the Charter to suspend or expel a member State (upon the recommendation of the Security Council) would of course enable it to suspend or expel a mandatory *from its membership of the United Nations*; but this cannot be extended on a sort of analogical basis to the quite different act of purporting to revoke the mandatory’s mandate.

* * *

96. From all of this, only one conclusion is possible, namely that so far as the terms of the Charter itself are concerned, *the Assembly has no power to terminate any kind of administration over any kind of territory.*

* * *

97. It may however be contended that the matter does not end there, for it may be possible for powers other or greater than its normal ones to be conferred upon an international organ *aliunde* or *ab extra*, for some particular purpose—e.g., under a treaty,—and if so, why should it not

⁶³ This affords an excellent illustration (and many more could be given) of the fact that, owing to the constant changes in the composition of the Court, due to the system of triennial elections created by its Statute, the Court does not always adhere to its own jurisprudence.

⁶⁴ The various trusteeship agreements deal differently with the question of the termination, or possible termination of the trust, but the effect is that in no case does the Assembly possess any unilateral power in the matter. If therefore no trusteeship can be terminated without the consent, given in one form or another, of the administering powers, why should it be so unthinkable that a mandate should not be terminable without the consent of the mandatory?

pour accomplir un certain processus (en l'espèce la manière de se lier par la convention), il ne faut pas « présumer à la légère » que, cette méthode prescrite n'ayant pas été adoptée, le même résultat « n'en est pas moins [acquis] d'une autre façon ». Si la Cour s'était inspirée de ce principe en la présente espèce⁶³, elle aurait abouti à un résultat tout différent, comme le montrent les sections A et B ci-dessus.

95. Pour transposer cela dans le domaine particulier des mandats, il est clair que, de même que l'Assemblée n'a la faculté ni d'accorder l'indépendance souveraine à un territoire non autonome en vertu des articles 73 et 74 de la Charte, ni de mettre fin à un accord de tutelle sans le consentement de l'autorité chargée de l'administration (voir les dispositions pertinentes des divers accords de tutelle conclus en application de l'article 79 de la Charte⁶⁴), de même, étant donné le texte de la Charte, l'Assemblée n'a pas le droit de démettre un mandataire. Toute résolution de l'Assemblée ayant cet objet ne pourrait donc avoir que la valeur et l'effet d'une recommandation non obligatoire. Le pouvoir de suspendre ou d'exclure un Etat Membre (sur recommandation du Conseil de sécurité) que les articles 5 et 6 de la Charte confèrent à l'Assemblée permettrait évidemment à celui-ci de suspendre un mandataire ou de l'exclure *de l'Organisation* mais ce droit ne peut pas être étendu en vertu d'une sorte de raisonnement par analogie à l'acte tout différent qui consiste à révoquer le mandat du mandataire.

* * *

96. De tout cela on ne peut tirer qu'une seule conclusion, à savoir qu'aux termes de la Charte elle-même *l'Assemblée générale n'a pas compétence pour mettre fin à une administration quelconque s'exerçant sur quelque territoire que ce soit.*

* * *

97. On pourrait toutefois soutenir que cela n'épuise pas la question, vu qu'il serait possible qu'un organisme international tienne des pouvoirs autres ou plus larges que les pouvoirs normaux d'une autre source ou de l'extérieur pour une fin particulière — par exemple, aux termes d'un

⁶³ Ce qui illustre fort bien (on pourrait citer beaucoup d'autres exemples) le fait qu'en raison des constants changements de composition dus au système de renouvellement triennal prévu au Statut, la Cour ne se tient pas toujours à sa propre jurisprudence.

⁶⁴ Les divers accords de tutelle traitent diversement de la question de la cessation ou de la cessation éventuelle de la tutelle; il en résulte que l'Assemblée ne possède en aucun cas de pouvoir unilatéral en cette matière. Par conséquent, si un accord de tutelle ne peut pas prendre fin sans le consentement de l'autorité administrante, exprimé sous une forme ou sous une autre, pourquoi serait-il impensable qu'un mandat ne puisse pas prendre fin sans le consentement du mandataire?

exercise them? This contention must now be considered.

(ii) *The Assembly can only exercise powers conferred upon it or derived aliunde or ab extra provided it keeps within the limits of its constitutional role under the structure of the Charter*

98. The question here is whether it is legally possible for a body such as the Assembly, in the purported exercise of what may conveniently be called “extra-mural” powers, to act in a manner in which, in the *intra*-mural exercise of its normal functions, it would be precluded by its constitution from doing. To put the matter in its most graphic form, suppose for instance a group of member States of the United Nations—in a particular region perhaps—entered into a treaty under which they conferred on the Assembly, in relation to themselves and for that region, exactly those peace-keeping powers which, under the Charter, the Security Council is empowered to take as regards the member States of the United Nations collectively. Could it then validly be argued that although it would be *ultra vires* for the Assembly so to act under the *Charter*, if Charter action were involved, nevertheless it could in this particular case do so because it had acquired, *aliunde*, the necessary power vis-à-vis the particular States members of the regional group concerned, by reason of the treaty concluded between them investing the Assembly with such power? It is in fact approximately upon the basis of a theory such as this one, that those who (to their credit) feel some difficulty in attributing executive powers to the Assembly, outside those specified in Articles 4, 5, 6 and 17 of the Charter, rely in contending that, although under the Charter the Assembly could not do more than discuss and recommend in the field of mandates, yet it could go further than this if it had derived from the League of Nations the power to do so.

99. It should be realized that the question asked in the preceding paragraph is not merely an academic one: it is closely related to situations that have actually arisen in the history of the United Nations. There have been times when the majority of the member States have been dissatisfied with the functioning of the Security Council, whose action had become paralyzed owing to the attitude of one or more of the Permanent Members. In these circumstances recourse was had to the Assembly, which adopted resolutions containing recommendations that were not, indeed, binding but which could be, and were by most of the States concerned, regarded as authorizing them to adopt courses they might not otherwise have felt justified in following. If such situations were to arise again and continue persistently, it could be but a step from that to attempts to invest the Assembly with a measure of executive power by the process already described, or something analogous to it.

traité. S'il en était ainsi, pourquoi n'exercerait-il pas ces pouvoirs? Il nous faut donc examiner maintenant cet argument.

ii) *L'Assemblée ne peut exercer les pouvoirs qui lui sont conférés ou qu'elle tient d'une autre source ou de l'extérieur que si elle reste dans les limites de son rôle constitutionnel tel qu'il résulte de la structure de la Charte*

98. Il s'agit ici de savoir s'il est juridiquement possible à un organisme comme l'Assemblée générale, exerçant prétendument ce que l'on pourrait appeler pour la commodité des pouvoirs «externes», d'agir d'une façon que sa constitution lui interdirait dans l'exercice *interne* de ses fonctions normales. Pour poser la question sous sa forme la plus concrète, imaginons qu'un groupe d'Etats Membres des Nations Unies — appartenant par exemple à une région particulière — concluent un traité en vertu duquel ils confèreraient à l'Assemblée, par rapport à eux-mêmes et pour leur région, exactement les mêmes pouvoirs de maintien de la paix que ceux que le Conseil de sécurité tient de la Charte à l'égard des Etats Membres des Nations Unies dans leur ensemble. Pourrait-on alors valablement soutenir que, sans doute, l'Assemblée outrepasserait sûrement ces pouvoirs si elle procédait ainsi sur la base de *la Charte*, les mesures étant prises en application de la Charte, mais qu'elle pourrait néanmoins le faire dans ce cas particulier car elle aurait reçu de l'extérieur le pouvoir nécessaire à l'égard des Etats Membres du groupe régional en question, en raison du traité conclu par eux qui aurait conféré ce pouvoir à l'Assemblée? De fait c'est plus ou moins sur une théorie de ce genre que ceux qui (disons-le à leur crédit) éprouvent quelque difficulté à attribuer à l'Assemblée d'autres pouvoirs exécutifs que ceux des articles 4, 5, 6 et 17 de la Charte s'appuient pour soutenir que si, en vertu de la Charte, l'Assemblée ne peut que discuter et recommander en ce qui concerne les mandats, elle pourrait pourtant aller au-delà si elle tenait de la Société des Nations les pouvoirs nécessaires.

99. Il faut se rendre compte que la question posée au paragraphe précédent n'est pas purement académique. Elle est liée de près à des situations qui se sont effectivement produites dans l'histoire des Nations Unies. A certains moments la majorité des Etats Membres a été mécontente du fonctionnement du Conseil de sécurité, dont l'action était paralysée par l'attitude d'un ou de plusieurs membres permanents. Dans ces circonstances, on a fait appel à l'Assemblée, laquelle a adopté des résolutions contenant des recommandations qui n'étaient pas à vrai dire obligatoires, mais qui pouvaient être et ont été considérées par la plupart des Etats intéressés comme autorisant l'adoption de mesures qu'ils ne seraient pas sentis justifiés à prendre autrement. Si de telles situations venaient à se reproduire et à se prolonger indéfiniment, il n'y aurait qu'un pas à franchir pour tenter de conférer à l'Assemblée un certain pouvoir exécutif soit par le procédé susmentionné soit par un biais analogue.

* * *

100. It so happens that the principle of the question under discussion arose in the *Voting Procedure* case, and was dealt with both by the Court and by three individual judges in a sense adverse to the contention now being considered. It was Sir Hersch Lauterpacht who gave the most direct general negative; and though he was speaking with reference to the question of the voting rule, the principle involved was exactly the same (*I.C.J. Reports 1955*, at p. 109):

“... the ... Assembly cannot act in that way. It cannot override a seemingly mandatory provision of the Charter *by the device of accepting a task conferred by a treaty. It might otherwise be possible to alter, through extraneous treaties, the character of the Organization in an important aspect of its activity*”—(my italics).

The passage italicised is precisely applicable to the situation that would arise if the Assembly were deemed able to accept, *ab extra*, functions of an executive character going beyond its basic Charter role of consideration, discussion and recommendation. Even if it may not be outside the scope of the Charter for the Assembly to deal in *some* form with mandated territories not placed under trusteeship—e.g., as being, at the least, non-self-governing territories within the meaning of Article 73—it can only deal with them by way of discussion and recommendation, not executive action.

101. In the *Voting Procedure* case, the Court itself was of the same way of thinking as Sir Hersch. Having regard to the view expressed in its earlier (1950) Opinion to the effect that the degree of supervision in the Assembly should not exceed that of the League Council, and should as far as possible follow the latter's procedure (see paragraph 65 above), it became evident that if the Assembly applied its usual majority, or two-thirds majority, voting rule in the course of its supervision of the mandate, it would *not* be conforming to the procedure of the League Council, which was based on a unanimity rule, including even the vote of the mandatory. Moreover, it was clear that the latter rule (being more favourable to the mandatory by making decisions adverse to its views harder to arrive at) involved in consequence a lesser degree of supervision than the Assembly's voting rule would do. This being so, the question arose whether the Assembly, in order to remain within the limits of the powers derived by it from or through the instrument of mandate, as those powers had been exercised by the League Council, could proceed according to a voting rule which was not that provided for by the

* * *

100. Il se trouve que le *principe* de la question en cause est venu en discussion à propos de l'affaire de la *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au territoire du Sud-Ouest africain* et qu'il a été résolu par la Cour et par trois juges à titre individuel, dans un sens contraire à la thèse considérée ici. C'est sir Hersch Lauterpacht qui a donné la réponse négative la plus nette et, bien qu'il se soit exprimé à propos de la règle de vote, le principe était exactement le même (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 109):

« l'Assemblée ... ne pourrait s'engager dans cette voie. Elle ne saurait tourner une disposition apparemment impérative de la Charte en acceptant la mission que lui confie un traité. S'il en était autrement, il serait possible de modifier, au moyen de traités extrinsèques, le caractère de l'Organisation dans un secteur important de son activité. »
(Les italiques sont de nous.)

Le passage en italiques s'applique tout à fait à la situation qui se présenterait si l'on considérait que l'Assemblée peut tenir d'une source extérieure des fonctions de caractère exécutif dépassant les nécessités du rôle fondamental que lui réserve la Charte et qui consiste à étudier, discuter et recommander. Même si l'Assemblée ne s'écarte pas des dispositions de la Charte quand elle s'occupe d'une façon ou d'une autre de territoires sous mandat qui n'ont pas été placés sous tutelle, par exemple de territoires qui peuvent être considérés en tout cas comme des territoires non autonomes aux termes de l'article 73, elle ne peut toutefois que discuter et recommander à leur égard et non pas édicter des mesures d'exécution.

101. En l'affaire de la *Procédure de vote*, la Cour elle-même a partagé la manière de penser de sir Hersch Lauterpacht. Vu l'opinion qu'elle avait exprimée dans son avis précédent (1950) selon laquelle le degré de surveillance exercé par l'Assemblée ne devrait pas dépasser celui qu'exerçait le Conseil de la Société des Nations et devrait être autant que possible conforme à la procédure suivie par ce dernier (voir par. 65 ci-dessus), il est apparu que si l'Assemblée appliquait sa règle de vote normale — majorité simple ou majorité des deux tiers — dans l'exercice de sa surveillance du mandat, elle ne se conformerait *pas* à la procédure du Conseil de la SdN, qui était fondée sur la règle de l'unanimité, y compris le vote du mandataire lui-même. De plus, il est évident que cette dernière règle (plus favorable au mandataire puisqu'elle rend plus difficiles des décisions qui iraient à l'encontre de sa façon de voir) impliquait en conséquence un moindre degré de surveillance que ne le permettait la règle de vote de l'Assemblée. Cela étant, la question s'est posée de savoir si, pour ne pas outrepasser les pouvoirs qu'elle aurait acquis en vertu de l'instrument du mandat et pour respecter la façon dont ces pouvoirs avaient été exercés par le Conseil de la SdN, l'Assemblée pouvait suivre une règle de vote différente de celle qui est prévue par la Charte — en d'autres termes, si

Charter—in short could depart from the Charter in this respect⁶⁵. The Court answered this question by a decided negative in the following terms (*I.C.J. Reports 1955*, at p. 75):

“The constitution of an organ usually prescribes the method of voting by which the organ arrives at its decisions. The voting system is related to the composition and functions of the organ. It forms one of the characteristics of the constitution of the organ. Taking decisions by a two-thirds majority vote or by a simple majority vote is one of the distinguishing features of the General Assembly, while the unanimity rule was one of the distinguishing features of the Council of the League of Nations. These two systems are characteristic of different organs, and one system cannot be substituted for another without constitutional amendment. To transplant upon the General Assembly the unanimity rule of the Council of the League . . . would amount to a disregard of one of the characteristics of the . . . Assembly.”

This view was independently concurred in by Judges Basdevant, Klaestad and Lauterpacht. Judge Basdevant said (at p. 82):

“The majority rule laid down by Article 18 of the Charter and the unanimity rule prescribed by the Covenant of the League of Nations are something other than rules of procedure: they determine an essential characteristic of the organs in question and of their parent international institutions.” (For Judge Klaestad’s view see paragraph 104 below and paragraph (a) of footnote 66.)

102. The criteria thus enunciated by the Court and by Judge Basdevant were, be it noted, formulated precisely in the context of the mandates system. It is therefore legitimate to apply them to the present case; and if this is done in terms of the last two sentences of the foregoing quotation from the 1955 Opinion of the Court, the result is that there “cannot . . . without constitutional amendment” “be substituted” for a system which only allows the Assembly to discuss and recommend, “another” system which would allow it, in addition, to take executive and peremptory action,—and that, to deem the Assembly to be invested with such a power “would amount to a disregard of one of [its] characteristics” within the system of the Charter.

* * *

⁶⁵ The *form* in which the question arose in the *Voting Procedure* case was a little different, inasmuch as the issue was not whether the Assembly could act in a way not provided for by the Charter, but whether it *could* do so if this would involve a more stringent supervisory régime than that of the League’s system. But the underlying point was the same—i.e., could the Assembly, in the exercise of *ab extra* functions, act by means of a *different* voting rule from that provided by the Charter—*could* it in any event, consistently with the Charter, apply the League unanimity rule?

l'Assemblée pouvait s'écarter de la Charte à cet égard⁶⁵. La Cour a donné à cette question une réponse fermement négative, dans les termes suivants (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 75):

« La constitution d'un organe prévoit généralement le système de vote par lequel cet organe arrive à ses décisions. Le système de vote est lié à la composition et aux fonctions de cet organe. Il est l'une des caractéristiques de la constitution de l'organe. Prendre des décisions à la majorité des deux tiers ou à la majorité simple est l'un des traits distinctifs de l'Assemblée générale, tandis que la règle de l'unanimité était l'un des traits distinctifs du Conseil de la Société des Nations. Ces deux systèmes caractérisent des organes différents et, sans un amendement constitutionnel, l'on ne peut substituer un système à l'autre. Transposer à l'Assemblée générale la règle de l'unanimité du Conseil de la Société des Nations ... serait méconnaître une des caractéristiques de l'Assemblée générale. »

Cette opinion a été endossée indépendamment par MM. Basdevant, Klaestad et Lauterpacht. M. Basdevant a déclaré (p. 82):

« La règle de la majorité dans l'article 18 de la Charte et celle de l'unanimité dans le Pacte de la Société des Nations sont autres choses que des règles de procédure; elles déterminent un caractère essentiel de l'organe considéré et de l'institution internationale à laquelle il se rattache. » (En ce qui concerne les vues de M. Klaestad, voir par. 104 ci-après et alinéa *a*) de la note 66.)

102. Les critères ainsi énoncés par la Cour et par M. Basdevant étaient, notons-le, formulés précisément dans le cadre du système des mandats. Il est donc légitime de les appliquer au cas présent; et si on le fait conformément aux deux dernières phrases du passage de l'avis de la Cour de 1955 cité plus haut, il en résulte que « sans un amendement constitutionnel, l'on ne peut substituer [à] un système » qui permet seulement à l'Assemblée de discuter et de recommander un « autre » système qui lui permettrait en outre de prendre des mesures exécutives et obligatoires, et que considérer que l'Assemblée est dotée d'un tel pouvoir « serait méconnaître une [de ses] caractéristiques » dans le système de la Charte.

* * *

⁶⁵ La *forme* sous laquelle la question s'est posée en l'affaire de la *Procédure de vote* était un peu différente, car il s'agissait de savoir non pas si l'Assemblée peut agir d'une façon qui n'est pas prévue par la Charte mais si elle *pourrait* agir ainsi au cas où il en résulterait un régime de surveillance plus strict que celui de la Société des Nations. Pourtant le point essentiel était le même: dans l'exercice de fonctions qu'elle tient de l'extérieur, l'Assemblée peut-elle agir selon une *autre* règle de vote que celle que prévoit la Charte — peut-elle, de toute manière, en respectant la Charte, appliquer la règle de l'unanimité qui était celle de la Société des Nations?

103. It must be concluded that even if the League Council's supervisory powers had in principle passed to the Assembly, and had included the right to revoke an existing mandate, such a right could not, constitutionally, be exercised by the Assembly, since this would be inconsistent with the basic philosophy of its role within the general structure of the United Nations.

(iii) *Elements confirming the above conclusions*

104. *Dilemma of Judges Klaestad and Lauterpacht in the Voting Procedure case*—The problem in the *Voting Procedure* case was that, as has already been mentioned, the fact that decisions could be more easily arrived at under the Assembly's voting rule than under the League's rule of unanimity including the vote of the mandatory, involved for the latter a "greater degree of supervision" than the League's. Yet, as the Court found (see *ante*, paragraph 101), the Assembly could not, conformably with the Charter, depart from its own voting rule. The Court solved this problem by holding that although, in the exercise of its supervisory function, the Assembly must not depart from the substance of the mandate, the procedure by which it carried out that function must be the procedure provided for by the Charter; and that the Court's previous (1950) pronouncement, indicating that the degree of supervision must not be greater than the League's, was intended to apply only to matters of substance, not procedure. Given that the Assembly's voting rule *did* however, in principle, involve a greater degree of supervision than the League rule, by making it possible for decisions to be arrived at without the concurrence of the mandatory, this pronouncement of the Court in the *Voting Procedure* case involved a distinct element of inconsistency. That solution accordingly did not satisfy Judges Klaestad and Lauterpacht who arrived at a different and more logical one, avoiding contradictions and, at the same time, operating to confirm in a very striking manner the views expressed above as to the limits imposed by the Charter on the powers of the Assembly. They pointed out that the decisions reached by that organ in the course of supervising the mandate, not being in the nature of domestic, internal or procedural decisions (see head (e) in note 62 above) *could only operate as recommendations*, and could not therefore in any case be binding on the mandatory unless it had at least voted in favour of them⁶⁶. Hence the Assembly's two-thirds rule, though theoretically more burdensome for the mandatory than the League's rule of unanimity including the mandatory's vote, would not in practice be so,

⁶⁶ (a) Distinguishing between the "domestic" or "internal", and the non-domestic categories of Assembly decisions, Judge Klaestad (*I.C.J. Reports 1955*, at p. 88) stated that in his opinion "recommendations . . . concerning reports and petitions relating to . . . South West Africa belong . . . to the last mentioned category". He continued:

103. Il faut conclure que, même si les pouvoirs de surveillance du Conseil de la SdN étaient dévolus en principe à l'Assemblée, et comprenaient le droit de révoquer un mandat existant, ce droit ne pourrait pas être exercé constitutionnellement par l'Assemblée, car cela serait incompatible avec la conception fondamentale du rôle qui lui est réservé dans le cadre général des Nations Unies.

iii) *Facteurs confirmant les conclusions précédentes*

104. *Dilemme de MM. Klaestad et Lauterpacht en l'affaire de la Procédure de vote.* — Ainsi que nous l'avons déjà mentionné, le problème qui se posait dans l'affaire de la *Procédure de vote* tenait à ceci : comme il est plus facile d'arriver à des décisions selon la règle de vote de l'Assemblée générale qu'en suivant la procédure de la Société des Nations où s'appliquait la règle de l'unanimité, y compris le vote du mandataire, celui-ci serait soumis de la part de l'Assemblée à un « degré de surveillance dépassant » celui qu'exerçait la SdN. Pourtant, selon la conclusion de la Cour (voir plus haut par. 101), l'Assemblée ne peut pas déroger à sa propre règle de vote sans enfreindre la Charte. La Cour a résolu ce problème en considérant que si, dans l'exercice de sa fonction de surveillance, l'Assemblée ne doit pas s'écarter du mandat quant au fond, la procédure par laquelle elle remplit cette fonction doit être celle que la Charte prévoit, et en précisant que le prononcé antérieur de la Cour (1950) selon lequel le degré de surveillance ne doit pas être plus considérable qu'à l'époque de la SdN concernait uniquement les questions de fond et non la procédure. Etant donné cependant que la règle de vote de l'Assemblée entraîne en principe un degré de surveillance supérieur à celui qu'exerçait la Société des Nations, puisqu'elle permettrait d'arriver à des décisions sans l'accord du mandataire, cette conclusion de la Cour en l'affaire de la *Procédure de vote* contient un net élément de contradiction. C'est pourquoi cette solution n'a pas satisfait MM. Klaestad et Lauterpacht qui ont abouti à une conclusion différente et plus logique, évitant les contradictions et qui vient confirmer de façon frappante l'opinion exprimée plus haut au sujet des limites que la Charte impose aux pouvoirs de l'Assemblée. Ils ont fait observer que les décisions prises par cet organe en matière de surveillance du Mandat, n'ayant pas un caractère interne ou procédural (voir la note 62 ci-dessus, point e)), pouvaient seulement avoir la *valeur de recommandations* et ne pouvaient donc en aucun cas avoir force obligatoire à l'égard du mandataire, sauf (c'est la condition minimum) si celui-ci avait voté pour ces décisions⁶⁶. En conséquence la

⁶⁶ a) Faisant une distinction entre les décisions de l'Assemblée de caractère « interne » et les autres, M. Kleastad (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 88), a déclaré qu'à son avis « les recommandations ... touchant les rapports et les pétitions relatifs au ... Sud-Ouest africain appartiennent à cette dernière catégorie ». Il a ajouté :

since in neither case could the mandatory be bound without its own concurrence. In this way the balance between the weight of the League Council's supervision and that of the Assembly would be maintained or restored.

"They are not legally binding on the Union . . . in its capacity as Mandatory Power. Only if the Union Government *by a concurrent vote has given its consent to the recommendation* can that Government become legally bound to comply with it. In that respect the legal situation is the same as it was under the supervision of the League. *Only a concurrent vote can create a binding legal obligation for the Union of South Africa*"—(my italics).

(b) Judge Lauterpacht illustrated his view by reference to the trusteeship position, which he regarded as relevant to that of mandates. The passage in question is so striking as to be worth quoting *in extenso*,—and it is of course applicable *a fortiori* to the case of mandates (*loc. cit.*, at p. 116):

"This, in principle, is also the position with respect to the recommendations of the General Assembly in relation to the administration of trust territories. The Trusteeship Agreements do not provide for a legal obligation of the Administering Authority to comply with the decisions of the organs of the United Nations in the matter of trusteeship. *Thus there is no legal obligation, on the part of the Administering Authority to give effect to a recommendation of the General Assembly to adopt or depart from a particular course of legislation or any particular administrative measure.* The legal obligation resting upon the Administering Authority is to administer the Trust Territory in accordance with the principles of the Charter and the provisions of the Trusteeship Agreement, *but not necessarily in accordance with any specific recommendation of the General Assembly or of the Trusteeship Council.* This is so as a matter both of existing law and of sound principles of government. *The Administering Authority, not the General Assembly, bears the direct responsibility for the welfare of the population of the Trust Territory.* There is no sufficient guarantee of the timeliness and practicability of a particular recommendation made by a body acting occasionally amidst a pressure of business, at times deprived of expert advice and information, and not always able to foresee the consequences of a particular measure in relation to the totality of legislation and administration of the trust territory. Recommendations in the sphere of trusteeship have been made by the General Assembly frequently and as a matter of course. *To suggest that any such particular recommendation is binding in the sense that there is a legal obligation to put it into effect is to run counter not only to the paramount rule that the General Assembly has no legal power to legislate or bind its Members by way of recommendations, but, for reasons stated, also to cogent considerations of good government and administration*"—(my italics).

"In fact States administering Trust Territories have often asserted their right not to accept recommendations of the General Assembly or of the Trusteeship Council as approved by the General Assembly. That right has never been seriously challenged. There are numerous examples of express refusal on the part of the Administering Authority to comply with a recommendation." [Follow-

règle de la majorité des deux tiers qui est celle de l'Assemblée, quoique théoriquement plus rigoureuse pour le mandataire que celle de la Société des Nations qui exigeait l'unanimité, y compris la voix du mandataire, ne serait pas plus lourde en pratique, car le mandataire ne pourrait être lié ni dans l'un ni dans l'autre cas sans son propre consentement. De la sorte, l'équilibre serait maintenu ou rétabli entre le degré de surveillance exercé par le Conseil de la SdN et celui qu'exercerait l'Assemblée générale.

« Elles ne sont pas juridiquement obligatoires pour l'Union ... en tant que Puissance mandataire. Le Gouvernement de l'Union ne peut être juridiquement tenu de se conformer à une recommandation *que s'il l'a acceptée par un vote positif*. A cet égard la situation juridique est la même que lorsque la surveillance était exercée par la Société des Nations. *Seul un vote positif peut donner naissance à une obligation juridique liant l'Union sud-africaine.* » (Les italiques sont de nous.)

b) M. Lauterpacht, pour illustrer sa manière de voir, s'est référé à la situation existant en matière de tutelle, qu'il considère comme pertinente par rapport à celle des mandats. Le passage en question mérite d'être cité en entier et s'applique évidemment à fortiori au cas des mandats (*loc. cit.*, p. 116):

« Telle est également, en principe, la position concernant les recommandations de l'Assemblée générale se rapportant à l'administration des territoires sous tutelle. Les accords de tutelle ne prévoient pas pour l'autorité administrante l'obligation juridique de se conformer aux décisions prises par les organes des Nations Unies en matière de tutelle. *Il n'y a donc pas d'obligation juridique de la part de l'autorité administrante d'adopter ou d'abroger une mesure législative ou administrative particulière, dans le but de donner effet à une recommandation de l'Assemblée générale.* L'obligation juridique incombant à l'autorité administrante est d'administrer le territoire sous tutelle conformément aux principes de la Charte et aux dispositions de l'accord de tutelle, *mais pas nécessairement suivant telle recommandation particulière de l'Assemblée générale ou du Conseil de tutelle.* Il en est ainsi à la fois en droit positif et en bon gouvernement. *C'est l'autorité administrante et non l'Assemblée générale qui est directement responsable du bien-être de la population du territoire sous tutelle.* Il n'y a pas de garanties suffisantes d'opportunité et d'applicabilité dans une recommandation particulière émanant d'un corps politique qui agit parfois sous la pression de son travail, qui est parfois privé d'avis et d'informations spécialisés, et qui ne peut toutefois prévoir les conséquences d'une mesure donnée dans le cadre de l'ensemble de la législation et de l'administration du territoire sous tutelle. L'Assemblée générale a fait des recommandations dans le domaine de la tutelle, à maintes reprises, et comme une chose allant de soi. *Prétendre qu'une recommandation particulière est obligatoire, en ce sens qu'il y a obligation légale de lui donner effet, est contraire non seulement à la règle fondamentale que l'Assemblée générale n'a pas le pouvoir législatif et ne peut lier ses membres par des recommandations, mais encore, pour les raisons déjà indiquées, contraire à des considérations importantes de bon gouvernement et de bonne administration.* » (Les italiques sont de nous.)

« En fait, les Etats qui administrent les territoires sous tutelle ont souvent affirmé leur droit de ne pas accepter les recommandations de l'Assemblée générale ou du Conseil de tutelle approuvées par l'Assemblée générale. Ce droit n'a jamais été sérieusement contesté. Il y a de nombreux exemples de refus catégorique de la part de l'autorité administrante de se conformer à une recom-

105. This conclusion could not be other than correct;—for if the Assembly's decisions bound the mandatory without the latter's consent, whereas the League's did not, there would be imposed a degree of supervision not only far heavier, *but differing totally in kind* from that of the League. To put the matter in another way, if the substitution of the Assembly for the League Council could not be allowed to operate so as to increase the Mandatory's obligations, it correspondingly could not be allowed to operate to increase the supervisory organ's powers, still less to give it a power that the former supervisory organ never had, or could never have exercised except in a certain way and by a certain kind of vote. It follows that such a power could not be exercised by the Assembly either, especially since the latter equally cannot bind the mandatory and cannot go beyond recommendations without exceeding its constitutional Charter powers. In consequence, Resolution 2145, even if it were otherwise valid, could not have any higher status or effect than, or operate except as, a *recommendation* that South Africa's administration should terminate, and not as an actual termination of it. I have to point out in conclusion that the whole of this most important aspect of the matter, resulting from the Court's own jurisprudence as it was enunciated in the 1955 *Voting Procedure* case, is now completely ignored, and not even mentioned, in the present Opinion of the Court;—for the sufficient reason no doubt that there is no satisfactory answer that can be given to it.

106. *The answer given by the Court in 1950 to the question lettered (c) put to it in the then advisory proceedings*—This question asked where the competence to modify the international status of SW. Africa lay, upon the assumption that it did not lie with South Africa acting unilaterally. The Court replied (*I.C.J. Reports 1950*, at p. 144):

“... that the Union of South Africa acting alone has not the competence to modify the international status of the territory of South West Africa, and that the competence to determine and

ing upon this (*loc. cit.*, pp. 116-117) Judge Lauterpacht cited, with references, a long list of specific instances.]

(c) With regard to mandates equally, in a passage of quite particular significance in the circumstances of the present case, Sir Hersch Lauterpacht said (*loc. cit.*, at p. 121):

“This absence of a purely legal machinery and the reliance upon the moral authority of the findings and the reports of the Mandates Commission are in fact the essential feature of the supervision of the Mandates system. Public opinion—and the resulting attitude of the Mandatory Powers—were influenced not so much by the formal resolutions of the Council and Assembly [of the League] as by the reports of the Mandates Commission which was the true organ of supervision . . . *yet no legal sanction was attached to non-compliance with or disregard of the recommendations, the hopes and the regrets of the Commission*”—(my italics).

105. Cette conclusion est nécessairement juste, car si les décisions de l'Assemblée liaient le mandataire sans son consentement, alors que celles de la SdN n'avaient pas cet effet, on lui imposerait une surveillance non seulement plus stricte que celle qu'exerçait la SdN mais encore *de nature totalement différente*. En d'autres termes, s'il était hors de question que le remplacement du Conseil de la SdN par l'Assemblée générale se traduise par une aggravation des obligations du mandataire, il était également hors de question qu'il ait eu pour effet d'élargir les pouvoirs de l'organe de surveillance, et, plus encore, de lui conférer un pouvoir que l'ancien organe de surveillance n'avait jamais possédé ou qu'il n'aurait jamais pu exercer sauf d'une certaine façon et conformément à un certain mode de scrutin. Il s'ensuit qu'un tel pouvoir ne pouvait pas davantage être exercé par l'Assemblée, notamment parce que celle-ci non plus ne peut lier le mandataire et ne peut aller au-delà de simples recommandations sans outrepasser les pouvoirs constitutionnels que lui attribue la Charte. Par suite, même si la résolution 2145 était valide par ailleurs, elle ne pourrait avoir d'autre effet ni d'autre portée que celle d'une *recommandation* tendant à mettre fin à l'administration du mandataire, et n'y mettrait pas fin effectivement. Je dois souligner en conclusion que cet aspect extrêmement important de la question, résultant de la jurisprudence de la Cour elle-même, telle qu'elle s'est exprimée en 1955 en l'affaire de la *Procédure de vote*, est à présent totalement laissé de côté dans l'avis de la Cour, qui n'en fait même pas mention — sans aucun doute pour la raison suffisante qu'il n'y a à cela aucune réponse satisfaisante.

106. *La réponse donnée par la Cour en 1950 à la question c) dans la procédure consultative de l'époque.* — La question posée tendait à déterminer qui avait compétence pour modifier le statut international du Sud-Ouest africain, étant admis que l'Afrique du Sud ne pouvait agir unilatéralement. La Cour a répondu (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 144)

« que l'Union sud-africaine agissant seule n'est pas compétente pour modifier le statut international du territoire du Sud-Ouest africain, et que la compétence pour déterminer et modifier ce statut inter-

mandation. » [M. Lauterpacht cite ensuite (*loc. cit.*, p. 116-117), avec références à l'appui, une longue liste de cas d'espèce.]

c) De même, à propos des mandats, Lauterpacht affirme dans un passage qui est des plus significatifs eu égard aux circonstances de l'affaire actuelle (*loc. cit.*, p. 121):

« Ce défaut d'appareil purement juridique, ainsi que le fait de s'en remettre à l'autorité morale des conclusions et rapports de la Commission des mandats, constituaient en fait les caractéristiques essentielles de la surveillance prévue par le régime des mandats. L'opinion publique — et l'attitude adoptée en conséquence par les Puissances mandataires — ont été influencées moins par les résolutions formelles du Conseil et de l'Assemblée [de la SdN] que par les rapports de la Commission des mandats, véritable organe de surveillance ... *Et cependant la non-application ou la méconnaissance des recommandations, des vœux et des regrets de la Commission n'appelaient aucune sanction juridique.* » (Les italiques sont de nous.)

modify the international status of the Territory *rests with the Union of South Africa acting with the consent of the United Nations*”—(my italics).

It is clear that even if the Mandate itself persisted under another authority the *change* of authority (particularly if the new one was the United Nations as such) would unquestionably involve a modification of the international status of the territory, not only by substituting a new administration for the existing one, but by substituting one which could not itself be subjected to any supervision at all, except its own, and which would have to render reports to itself (and so—*quis custodiet ipsos custodes?*)⁶⁷. It therefore follows from what the Court said about modifying the status of the territory, that the competence to effect any substitution of this kind (or any other change of mandatory) would rest “with the Union of South Africa acting with the consent of the United Nations”, —which view invests *South Africa* with the initiative, and negatives the existence of any independent right of termination resident in the United Nations acting alone. Even allowing for the fact that the issue at that time was whether the *mandatory* had any unilateral power of modification it is impossible to reconcile the phraseology employed with the idea that the Court in 1950 could have thought the United Nations, or any organ of it, acting *alone*, had such a power. As my colleague Judge Gros points out, both aspects of the matter had been raised in the course of the proceedings.

(iv) *Conclusion as to the powers
of the Assembly*

107. The foregoing considerations lead to the conclusion that even if the Assembly inherited a supervisory role from the League Council, it could exercise it only within the limits of its competence under the Charter namely by way of discussion and recommendation. Such a situation has no room for, and is entirely incompatible with any power to revoke a mandate. In consequence, Assembly Resolution 2145 could have effect only as a recommendation.

⁶⁷ Even if the Assembly had “inherited” the supervisory function from the League, this function manifestly cannot include administration,—for the essence of supervision is its exercise by a *separate* body, not being the *administering* authority. The idea of mandates administered direct by the League itself without a mandatory as intermediary, which formed part of President Wilson’s original proposals at Versailles, was not adopted, and formed no part of the *League* mandates system which it is claimed that the United Nations inherited.

national *appartient à l'Union sud-africaine agissant avec le consentement des Nations Unies* » (Les italiques sont de nous).

Il est évident que, même si le Mandat lui-même avait subsisté sous une autre autorité, le *changement* d'autorité (notamment si l'autorité nouvelle était l'Organisation des Nations Unies en tant que telle) aurait indubitablement impliqué une modification du statut international du territoire, non seulement du fait qu'une nouvelle administration aurait remplacé l'administration existante, mais encore du fait que la nouvelle administration n'aurait pu être assujettie elle-même à une surveillance quelconque, si ce n'était la sienne propre, et qu'elle aurait dû s'adresser des rapports à elle-même (et *quis custodiet ipsos custodes?*)⁶⁷. Il résulte donc de ce que la Cour a dit à propos de la modification du statut du territoire que la compétence pour procéder à toute substitution de ce genre (ou à tout autre changement de mandataire) appartiendrait « à l'Union sud-africaine agissant avec le consentement des Nations Unies » — opinion qui confère l'initiative à l'*Afrique du Sud* et exclut que l'Organisation des Nations Unies agissant seule possède un droit propre de mettre fin au mandat. Même si l'on tient compte du fait que la question, à l'époque, était de savoir si le *mandataire* possédait un pouvoir unilatéral de modification du statut du territoire, il est impossible de concilier les termes utilisés avec l'idée que la Cour aurait pu penser en 1950 que l'Organisation des Nations Unies agissant *seule*, ou l'un quelconque de ses organes agissant seul, aurait eu ce pouvoir. Comme mon collègue M. Gros le rappelle, les deux aspects de la question avaient été débattus au cours de la procédure.

iv) *Conclusion quant aux pouvoirs de l'Assemblée*

107. Les considérations qui précèdent amènent à conclure que même si l'Assemblée a succédé au Conseil de la Société des Nations dans son rôle de surveillance, elle ne peut l'exercer que dans les limites de sa compétence en vertu de la Charte, c'est-à-dire sous forme de discussions ou de recommandations. Cette situation ne laisse pas place à un pouvoir de révocation du mandat, car elle est totalement incompatible avec un tel pouvoir. Il s'ensuit que la résolution 2145 de l'Assemblée ne pouvait avoir qu'un effet de recommandation.

⁶⁷ Même si l'Assemblée avait « hérité » la fonction de surveillance de la SdN, cette fonction ne peut manifestement inclure l'administration, car il est de la nature même de la surveillance qu'elle soit exercée par un organisme *distinct* de l'autorité chargée de l'administration. La notion de mandats administrés directement par la SdN elle-même sans l'intermédiaire d'un mandataire, qui faisait partie des propositions initiales présentées à Versailles par le président Wilson, n'a pas été retenue et n'est pas un élément du système des mandats de la SdN, que, nous dit-on, les Nations Unies auraient hérité.

2. *Competence and powers of the Security Council
relative to mandates*

(i) *Consequential character of the
Security Council's resolutions
in the present case*

108. It is strictly superfluous to consider what (if any) were the Security Council's powers in relation to mandates, because it is quite clear that the Council never took any independent action to terminate South Africa's mandate. All its resolutions were consequential, proceeding on the basis of a supposed termination already effected or declared by the Assembly. Without the Assembly's act, the acts of the Security Council, which were largely in the nature of a sort of attempted enforcement of what the Assembly had declared, would have lacked all *raison d'être*;—while on the other hand, if the Assembly's resolution 2145 lacked *in se* validity and legal effect, no amount of "confirmation" by the Security Council could validate it or lend it such effect, or independently bring about the revocation of a mandate.

(ii) *On a mandates basis, the powers
of the Security Council are no
greater than the Assembly's*

109. The words "relative to mandates" have been inserted of set purpose in the title to this subsection,—because it is necessary to distinguish clearly between what the Security Council can do on a *mandates* basis and what it might be able to do on the only other possible basis on which it could act, namely a peace-keeping basis. On a mandates basis the Security Council has no greater powers than the Assembly,—for (see the 1950 Opinion of the Court at p. 137)⁶⁸ it was the United Nations as a whole which inherited—or did not inherit—the role of the League of Nations in respect of mandates, together with (if it did) such powers as were comprised in that role. Consequently, as regards any power of revocation, the Security Council stands on exactly the same footing as the Assembly in respect of such questions as whether the United Nations has any supervisory function at all and, if so, whether it includes any power of revocation;—subject however to this one qualification, namely that in 1950 the Court very definitely (*loc. cit.*) indicated the Assembly as the *appropriate* organ to exercise the supervisory function it found the United Nations to be invested with. It must therefore be questioned whether the Security Council has any specific role whatever in respect of mandates as such, similar to that which it has in respect of strategic

⁶⁸ Speaking of the final League winding-up resolution of 18 April 1946 (see paragraphs 41 and 42 above) the Court said "This resolution pre-supposes that the supervisory functions exercised by the League would be taken over by *the United Nations*"—(my italics).

2. *Compétence et pouvoirs du Conseil de sécurité
en ce qui concerne les mandats*

i) *Caractère accessoire
des résolutions du Conseil de sécurité
en la présente espèce*

108. Il est proprement vain d'examiner quels seraient (le cas échéant) les pouvoirs du Conseil de sécurité au regard des mandats, puisque de toute évidence le Conseil n'a jamais agi isolément pour mettre fin au Mandat de l'Afrique du Sud. Toutes ses résolutions ont été adoptées par voie de conséquence, compte tenu de ce que l'Assemblée avait déjà prétendu mettre fin au Mandat ou le déclarer « terminé ». Sans l'action de l'Assemblée, les actes du Conseil de sécurité, qui s'efforçaient dans une large mesure de mettre en œuvre les déclarations de l'Assemblée, n'auraient eu aucune raison d'être — et si la résolution 2145 de l'Assemblée était par elle-même dépourvue de validité et d'effet juridique, aucune « confirmation » du Conseil de sécurité, si énergique fût-elle, ne pouvait ni la valider ni lui conférer cet effet, ni provoquer indépendamment la révocation d'un mandat.

ii) *Pour ce qui est des mandats,
les pouvoirs du Conseil ne sont pas plus grands
que ceux de l'Assemblée*

109. Les mots « en ce qui concerne les mandats » ont été insérés de propos délibéré dans le titre de cette sous-section 2 parce qu'une nette distinction s'impose entre ce que le Conseil de sécurité peut faire à propos des *mandats* et ce qu'il pourrait faire au seul autre titre auquel il soit à même d'agir, celui du maintien de la paix. S'agissant des mandats, le Conseil de sécurité n'a pas de pouvoirs plus larges que l'Assemblée car (voir l'avis de 1950 de la Cour, p. 137⁶⁸) ce sont les Nations Unies dans leur ensemble qui ont — ou n'ont pas — hérité le rôle de la SdN relativement aux mandats avec (s'il y a eu héritage) les pouvoirs qu'il comporte. Ainsi, pour ce qui concerne un éventuel pouvoir de révocation, le Conseil de sécurité est exactement dans la même situation que l'Assemblée quand il s'agit par exemple de savoir si les Nations Unies ont une fonction de surveillance quelconque et si, ayant cette fonction, le pouvoir de révocation en fait partie; sous cette réserve d'ailleurs qu'en 1950 la Cour a très expressément désigné l'Assemblée (*loc. cit.*) comme l'organe *approprié* pour exercer la fonction de surveillance dont elle a estimé que les Nations Unies étaient chargées. Il est donc douteux que le Conseil de sécurité ait relativement aux mandats un rôle spécifique quelconque, analogue à celui qu'il possède dans le cas des territoires stratégiques sous

⁶⁸ A propos de la résolution du 18 avril 1946 qui a dissout la Société des Nations (voir par. 41 et 42 ci-dessus), la Cour s'est exprimée en ces termes: « Cette résolution présuppose que les fonctions de surveillance exercées par la Société des Nations seraient reprises par *les Nations Unies*. » (Les italiques sont de nous.)

trusteeships. If this is so, it would be solely for peace-keeping purposes that the Security Council would be competent to take action in respect of a mandate.

(iii) *Wider powers in the field of mandates exercisable only on a peace-keeping basis*

110. As regards the alternative basis of Security Council intervention, clearly that organ cannot be precluded from exercising its *normal* peace-keeping functions merely because the threat to the peace, if there is one, has arisen in a mandates context,—*provided* the intervention has a genuinely peace-keeping aim and is not a disguised exercise in mandates supervision. What the Security Council cannot properly do is, in the guise of peace-keeping, to exercise functions in respect of mandates, where those functions do not properly belong to it either as a self-contained organ or as part of the United Nations as a whole. It cannot, in the guise of peace-keeping revoke a mandate any more than it can, in the guise of peace-keeping order transfers or cessions of territory.

111. However, in my opinion, the various Security Council resolutions involved did not, on their language, purport to be in the exercise of the peace-keeping function. There is in fact something like a careful avoidance of phraseology that would be too unambiguous in this respect. That being so, their effect was as indicated in paragraphs 108-109 above. They were not binding on the Mandatory or on other member States of the United Nations. Like those of the Assembly they could only have a recommendatory effect in the present context.

(iv) *Proper scope of the Security Council's peace-keeping powers under the Charter*

112. This matter, so far as the actual terms of the Charter are concerned is governed by paragraphs 1 and 2 of Article 24 which read as follows:

“1. In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf.

2. In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the purposes and principles of the United Nations. *The specific powers granted to the Security Council for the discharge of these duties are laid down in Chapters VI, VII, VIII and XII*”—(my italics).

tutelle. Dans ces conditions, le Conseil de sécurité ne serait compétent pour entreprendre une action intéressant un territoire sous mandat qu'aux seules fins du maintien de la paix.

iii) En ce qui concerne les mandats, des pouvoirs plus larges ne pourraient être exercés qu'en vue du maintien de la paix

110. Quant à l'autre fondement possible d'une intervention du Conseil de sécurité, il est clair que cet organe ne peut pas être empêché d'exercer ses fonctions normales en matière de maintien de la paix simplement parce que la menace contre la paix, à supposer qu'elle existe, serait en rapport avec ces mandats — à condition toutefois que l'intervention ait véritablement pour objet le maintien de la paix et ne vise pas à exercer sur les mandats une surveillance déguisée. Ce que le Conseil de sécurité n'a pas le droit de faire, sous couleur de maintenir la paix, c'est d'exercer à propos de mandats des fonctions qui ne sauraient lui appartenir, ni en tant qu'organe ayant un rôle qui lui est propre ni en tant qu'élément faisant partie des Nations Unies. Il ne peut pas plus révoquer un mandat sous prétexte de maintien de la paix qu'il ne peut, sous ce couvert, ordonner des transferts ou des cessions de territoires.

111. Toutefois, d'après moi, les diverses résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, à en juger d'après leur lettre même, ne prétendaient pas se rattacher à la fonction de maintien de la paix. On y trouve en fait un souci d'éviter soigneusement une rédaction qui dissiperait par trop les ambiguïtés sur ce point. Cela étant, ces résolutions ont l'effet indiqué aux paragraphes 108 et 109 ci-dessus. Elles ne lient ni le mandataire ni les autres Etats Membres des Nations Unies. Comme les résolutions de l'Assemblée, elles ne pouvaient avoir, dans le présent contexte, que la valeur de recommandations.

iv) Etendue réelle des pouvoirs du Conseil de sécurité relatifs au maintien de la paix en vertu de la Charte

112. Cette question est régie, du moins en ce qui concerne les termes exprès de la Charte, par les paragraphes 1 et 2 de l'article 24, libellés comme suit :

« 1. Afin d'assurer l'action rapide et efficace de l'Organisation, ses Membres confèrent au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales et reconnaissent qu'en s'acquittant des devoirs que lui impose cette responsabilité, le Conseil de sécurité agit en leur nom.

2. Dans l'accomplissement de ces devoirs, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies. *Les pouvoirs spécifiques accordés au Conseil de sécurité pour lui permettre d'accomplir lesdits devoirs sont définis aux chapitres VI, VII, VIII et XII.* » (Les italiques sont de nous.)

I am unable to agree with the extremely wide interpretation which the Opinion of the Court places on this provision. No doubt it does not limit the *occasions* on which the Security Council can act in the preservation of peace and security, provided the threat said to be involved is not a mere figment or pretext. What it does do is to limit the type of action the Council can take in the discharge of its peace-keeping responsibilities, —for the second paragraph of Article 24 states in terms that the *specific* powers granted to the Security Council for these purposes are laid down in the indicated Chapters (VI, VII, VIII and XII). According to normal canons of interpretation this means that so far as *peace-keeping* is concerned, they are not to be found anywhere else, and are exercisable only as those Chapters allow. It is therefore to them that recourse must be had in order to ascertain what the *specific* peace-keeping powers of the Security Council are, *including the power to bind*. If this is done, it will be found that only when the Council is acting under Chapter VII, or possibly in certain cases under Chapter VIII, will its resolutions be binding on member States. In other cases their effect would be recommendatory or hortatory only. (Peace-keeping action under Chapter XII—strategic trusteeships—does not really seem to me to be a separate case, since it is difficult to see how it could fail to take the form of action under Chapters VI or VII as the case might be.)

113. These limitations apply equally to the effect of Article 25 of the Charter, by reason of the proviso “in accordance with the present Charter”. If, under the relevant chapter or article of the Charter, the decision is *not* binding, Article 25 cannot make it so. If the effect of that Article were automatically to make *all* decisions of the Security Council binding, then the words “in accordance with the present Charter” would be quite superfluous. They would add nothing to the preceding and only other phrase in the Article, namely “The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council”, which they are clearly intended to qualify. They effectively do so only if the decisions referred to are those which *are* duly binding “in accordance with the present Charter”. Otherwise the language used in such parts of the Charter as Chapter VI for instance, indicative of recommendatory functions only, would be in direct contradiction with Article 25—or Article 25 with them.

114. Since, in consequence, the question whether any given resolution of the Security Council is binding or merely recommendatory in effect, must be a matter for objective determination in each individual case, it follows that the Council cannot, merely by *invoking* Article 25 (as it does for instance in its Resolution 269 of 12 August 1969) impart

Je ne puis pas me rallier à l'interprétation extrêmement large que l'avis de la Cour donne à cette disposition. Sans doute, elle ne limite pas les *cas* où le Conseil de sécurité peut agir pour assurer le maintien de la paix et de la sécurité, étant entendu que la menace invoquée ne doit être ni une simple fiction ni un prétexte. Mais cette disposition a pour effet de circonscrire le genre de mesures que le Conseil peut prendre pour s'acquitter des responsabilités qui lui incombent en vue du maintien de la paix — en effet, le paragraphe 2 de l'article 24 dit expressément que les pouvoirs *spécifiques* conférés à cette fin au Conseil de sécurité sont définis aux chapitres indiqués (VI, VII, VIII et XII). Selon des règles normales d'interprétation, cela signifie qu'en ce qui concerne le *maintien de la paix* ces pouvoirs ne sont spécifiés nulle part ailleurs et ne peuvent s'exercer que conformément aux dispositions de ces chapitres. C'est donc à celles-ci qu'il faut avoir recours si l'on veut déterminer quels sont les pouvoirs *spécifiques* conférés au Conseil de sécurité pour le maintien de la paix, *et notamment le pouvoir qu'il a de prendre une décision obligatoire*. Si l'on se réfère à ces chapitres, on constate que c'est seulement lorsque le Conseil agit en application du chapitre VII, et peut-être dans certains cas en application du chapitre VIII, que ses résolutions auront force obligatoire pour les Etats membres. Dans les autres cas, elles n'auraient valeur que de recommandations ou d'exhortations. (Les mesures visant le maintien de la paix prévues au chapitre XII — concernant les territoires sous tutelle présentant un caractère stratégique — ne me semblent pas vraiment constituer un cas distinct, car il est difficile de voir pourquoi ces mesures ne pourraient pas être prises aux termes des chapitres VI ou VII, selon le cas.)

113. Ces limites s'appliquent également à l'effet de l'article 25 de la Charte, en raison de la clause « conformément à la présente Charte ». Si la décision n'a *pas* un caractère obligatoire en vertu du chapitre ou de l'article pertinent de la Charte, l'article 25 ne saurait lui conférer ce caractère. Si cet article avait pour effet automatique de rendre obligatoires *toutes* les décisions du Conseil de sécurité, les mots « conformément à la présente Charte » seraient tout à fait superflus. Ils n'ajouteraient rien au membre de phrase qui précède — le seul autre que contienne l'article et qu'ils visaient manifestement à qualifier — « Les Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité ». Ils ne servent à quelque chose que si les décisions dont il s'agit sont celles qui *sont* dûment obligatoires « conformément à la présente Charte ». Sinon les termes employés dans des parties de la Charte comme le chapitre VI par exemple, qui visent des fonctions de recommandation uniquement, contrediraient directement l'article 25 ou seraient contredites par lui.

114. Puisque, en conséquence, la question de savoir si une résolution donnée du Conseil de sécurité a un effet obligatoire ou un effet de recommandation doit forcément être décidée, objectivement dans chaque cas d'espèce, il en découle que le Conseil ne saurait, par le simple fait d'*invoker* l'article 25 (comme il le fait par exemple dans sa résolution 269

obligatory character to a resolution which would not otherwise possess it according to the terms of the chapter or article of the Charter on the basis of which the Council is, or must be deemed to be, acting.

(v) *The Security Council is not competent, even for genuine peace-keeping purposes, to effect definitive changes in territorial sovereignty or administrative rights*

115. There is more. *Even when acting under Chapter VII of the Charter itself*, the Security Council has no power to abrogate or alter territorial rights, whether of sovereignty or administration. Even a war-time occupation of a country or territory cannot operate to do that. It must await the peace settlement. This is a principle of international law that is as well-established as any there can be,—and the Security Council is as much subject to it (for the United Nations is itself a subject of international law) as any of its individual member States are. The Security Council might, after making the necessary determinations under Article 39 of the Charter, order the occupation of a country or piece of territory *in order to restore peace and security*, but it could not thereby, or as part of that operation, abrogate or alter territorial rights;—and the right to administer a mandated territory is a territorial right without which the territory could not be governed or the mandate be operated. It was to keep the peace, not to change the world order, that the Security Council was set up.

* * *

116. These limitations on the powers of the Security Council are necessary because of the all too great ease with which any acutely controversial international situation can be represented as involving a latent threat to peace and security, even where it is really too remote genuinely to constitute one. Without these limitations, the functions of the Security Council could be used for purposes never originally intended,—and the present case is a very good illustration of this: for not only was the Security Council not acting under Chapter VII of the Charter (which it obviously could not do—though it remains to be seen by what means and upon what grounds the necessary threat to, or breach of the peace, or act of aggression will be determined to exist);—not only was there no threat to peace and security other than such as might be artificially created as a pretext for the realization of ulterior purposes,—but the whole operation, which will not necessarily end there, had as its object the abrogation of the Mandatory's rights of territorial administration, in order to secure (not eventually but very soon) the transformation of the mandated terri-

du 12 août 1969) conférer un caractère obligatoire à une résolution qui en serait dépourvu d'après les termes du chapitre ou de l'article de la Charte en vertu duquel le Conseil aurait agi ou serait réputé avoir agi.

v) *Même quand il s'agit vraiment de maintien de la paix, le Conseil de sécurité n'est pas compétent pour effectuer des changements définitifs de souveraineté territoriale ou de droits d'administration*

115. Ce n'est pas tout. *Même quand il agit en vertu du chapitre VII de la Charte* le Conseil de sécurité n'a le pouvoir ni d'abroger ni de modifier des droits territoriaux, qu'il s'agisse de droits de souveraineté ou de droits d'administration. Même une occupation du temps de guerre d'un pays ou d'un territoire ne saurait conférer un tel pouvoir. Il faut attendre le règlement de paix. C'est là un principe de droit international solidement établi s'il en est — et le Conseil de sécurité y est tout aussi soumis (car les Nations Unies sont elles-mêmes un sujet du droit international) que n'importe lequel des Etats Membres. Après avoir fait les constatations qui s'imposent aux termes de l'article 39 de la Charte, le Conseil de sécurité pourrait ordonner l'occupation d'un pays ou d'une partie d'un territoire *aux fins de rétablir la paix et la sécurité* mais il ne saurait, ce faisant, ou dans le cadre de cette opération, abroger ou modifier des droits territoriaux — et le droit d'administrer un territoire sous mandat est un droit territorial sans lequel le territoire ne pourrait être gouverné, ni le mandat appliqué. C'est pour maintenir la paix et non pour modifier l'ordre mondial que le Conseil de sécurité a été créé.

* * *

116. Ces limitations aux pouvoirs du Conseil de sécurité sont nécessaires car il n'est que trop facile de présenter une situation internationale qui fait l'objet de vives controverses comme impliquant une menace latente contre la paix et la sécurité, même si elle est trop éloignée pour paraître authentique. Sans ces limitations, les fonctions du Conseil de sécurité pourraient être utilisées à des fins qui n'ont jamais été prévues à l'origine et la présente affaire nous en fournit un excellent exemple: en effet, non seulement le Conseil de sécurité n'a pas agi en vertu du chapitre VII de la Charte (ce qu'il ne pouvait manifestement pas faire — encore qu'il reste à voir par quels moyens et sur quels motifs on constatera la condition nécessaire de l'existence de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression); non seulement il n'existait aucune menace contre la paix ou la sécurité autre que celle qui pouvait être suscitée artificiellement et comme prétexte à atteindre des objectifs inavoués, mais encore l'opération tout entière, qui ne s'arrêtera pas forcément là, avait pour objet d'abroger les droits d'administration territoriale du

tory into, and its emergence as, the sovereign independent State of "Namibia". This is what is declared in terms, not only in Resolution 2145 itself, but also in the subsequent Assembly Resolution 2248 (S-V) of 1967, specifying June 1968 as the intended date of transfer⁶⁹,—and this is par excellence the type of purpose, in promoting which, the Security Council (and *a fortiori* the Assembly) exceeds its competence, and so acts *ultra vires*.

SECTION D

THE LEGAL CONSEQUENCES FOR STATES

1. *In general*

117. On the basis of the foregoing conclusions, the answer to the question put to the Court in the present proceedings, as to what are the legal consequences for States of the continued presence of South Africa in the mandated territory of SW. Africa, despite Security Council resolution 276 of 1970 is, strictly, that there are no specific legal consequences for States, for there has been no change in the legal position. Since neither the Security Council nor the Assembly has any competence to revoke South Africa's Mandate, the various resolutions of these organs purporting to do so, or to declare it to be at an end, or to confirm its termination, are one and all devoid of legal effect. The result is that the Mandate still subsists, and that South Africa is still the Mandatory. However, from this last conclusion there do follow certain legal consequences both for South Africa and for other States.

2. *Consequences for South Africa*

118. *For South Africa* there is an obligation

- (1) to recognize that the Mandate survived the dissolution of the League, —that it has an international character,—and that in consequence SW. Africa cannot unilaterally be incorporated in the territory of the Republic;
- (2) to perform and execute in full all the obligations of the Mandate, whatever these may be.

119. With regard to this last requirement, I have given my reasons for thinking that, the United Nations not being the successor in law to the League of Nations, the Mandatory is not, and never became subject

⁶⁹ See further in the Annex, paragraph 15 in section 3.

Mandataire aux fins d'assurer (non pas par la suite mais très bientôt) la transformation du territoire sous mandat en un Etat souverain et indépendant, celui de « la Namibie ». C'est ce qui est dit explicitement, non seulement dans la résolution 2145 elle-même, mais aussi dans la résolution ultérieure 2248 (S-V) adoptée en 1967 par l'Assemblée, qui fixait le mois de juin 1968 comme date du transfert envisagé⁶⁹; et c'est là par excellence le genre d'objectif qui dépasse les compétences du Conseil de sécurité (et à plus forte raison de l'Assemblée) de sorte qu'en cherchant à le favoriser il excède ses pouvoirs.

SECTION D

CONSÉQUENCES JURIDIQUES POUR LES ETATS

1. Généralités

117. Vu les conclusions qui précèdent, la réponse à la question posée à la Cour dans la présente procédure sur les conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud dans le territoire sous mandat du Sud-Ouest africain, nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, est qu'il n'y a pas, à proprement parler, de conséquences juridiques précises pour les Etats, la situation juridique étant inchangée. Ni le Conseil de sécurité ni l'Assemblée générale n'ont compétence pour révoquer le Mandat de l'Afrique du Sud, de sorte que les diverses résolutions par lesquelles ces organes ont prétendu le révoquer, déclarer qu'il avait pris fin ou confirmer qu'il était terminé, sont sans exception aucune dépourvues d'effet juridique. Il en résulte que le Mandat subsiste et que l'Afrique du Sud est toujours Mandataire. Cette dernière conclusion entraîne cependant certaines conséquences juridiques, tant pour l'Afrique du Sud que pour les autres Etats.

2. Conséquences pour l'Afrique du Sud

118. Pour l'*Afrique du Sud*, les conséquences sont qu'elle doit :

- 1) reconnaître que le Mandat a survécu à la dissolution de la Société des Nations — qu'il a un caractère international — et que par suite le Sud-Ouest africain ne peut pas être unilatéralement incorporé dans le territoire de la République;
- 2) remplir et exécuter intégralement toutes les obligations découlant du Mandat, qu'elles soient.

119. Sur ce dernier point, j'ai déjà exposé les raisons pour lesquelles j'estime que, l'Organisation des Nations Unies n'étant pas en droit le successeur de la Société des Nations, le Mandataire n'a pas, et n'a jamais

⁶⁹ Voir par. 15 de la section 3 de l'annexe ci-après.

to any duty to report to it, or accept its supervision, particularly as regards the Assembly. But as was pointed out earlier in this Opinion (paragraphs 17 and 20), it does not follow that the reporting obligation has lapsed entirely; and it is the fact that it could be carried out by the alternative means indicated in paragraph 16. This being so, the question arises whether the Mandatory has a legal duty to take some such steps as were there indicated. The matter is not free from doubt. The Court in 1950 considered the reporting obligation to be an essential part of the Mandate. Judge Read on the other hand thought that although its absence might "weaken" the Mandate, the latter would not otherwise be affected. Again if the Mandate is viewed as a treaty or contract, the normal effect of the extinction of one of the parties would be to bring the treaty or contract to an end entirely.

120. However, the better view seems to be that the reporting obligation survived, though becoming dormant upon the dissolution of the League, and certainly not transformed into an obligation relative to the United Nations. Nevertheless, if not an absolutely essential element, it is a sufficiently important part of the Mandate to place the Mandatory under an obligation to revive and carry it out, if it is at all possible to do so, by some other means⁷⁰. But the Mandatory would have the right to insist (a) on the new supervisory body being acceptable to it in character and composition—(such acceptance not to be unreasonably withheld),—(b) on the nature *and implications* (as to degree of supervision) of the reporting obligation being as they are indicated to be in paragraphs 76-78 above,—and (c) that, just as with the League Council, the Mandatory would be under no legal obligation to carry out the recommendations of the supervisory body, no more than States administering trust territories are obliged to accept the views of the United Nations Assembly as supervisory organ—(see *supra*, paragraphs 77 and 104 and footnote 66)

121. A further, or rather alternative, course that could be considered incumbent on South Africa, though as a consequence of the Charter not the Mandate, would be to resume the rendering of reports under Article 73 (e) of the Charter (see as to this the joint dissenting Opinion of 1962, *I.C.J. Reports 1962*, pp. 541-548 and paragraph 43 (b) above), seeing that on any view SW. Africa is a non-self-governing territory. This resumption must however be on the understanding that the reports are not dealt with by the Trusteeship Council unless South Africa so agrees.

⁷⁰ *Ex hypothesi* however, it would not be to the United Nations that the Mandatory would be responsible for doing this, or there would merely be the same situation in another form.

eu, le devoir de lui faire rapport ni d'accepter sa surveillance, notamment celle de l'Assemblée générale. Mais, comme il a été signalé précédemment dans cette opinion (par. 17 et 20), cela ne veut pas dire que l'obligation de faire rapport ait entièrement disparu, et le fait est que l'Afrique du Sud pourrait s'en acquitter de la façon indiquée au paragraphe 16. Dans ces conditions, la question se pose de savoir si le Mandataire est juridiquement tenu de prendre des mesures du genre de celles qui s'y trouvent mentionnées. La question n'est pas sans soulever quelque doute. En 1950, la Cour a considéré que l'obligation de faire rapport était un élément essentiel du Mandat. Au contraire M. Read pensait que son absence pourrait risquer d'« affaiblir » le Mandat, mais que celui-ci ne s'en trouverait pas autrement touché. Et encore, si l'on considère le Mandat comme un traité ou un contrat, la disparition de l'une des parties aurait normalement pour effet d'entraîner l'extinction totale du traité ou du contrat.

120. Quoi qu'il en soit, l'interprétation la plus fondée me paraît être que l'obligation de faire rapport subsiste, bien qu'à l'état latent depuis la dissolution de la Société des Nations, et sans transformation aucune en obligation envers l'Organisation des Nations Unies. Cependant si elle ne constitue pas un élément absolument essentiel du Mandat, cette obligation n'en est pas moins un aspect suffisamment important pour que le Mandataire soit tenu de la faire renaître et de s'en acquitter par un autre moyen ⁷⁰ si cela apparaît possible. En revanche, le Mandataire serait en droit d'exiger : *a*) que le nouvel organe de surveillance ait un caractère et une composition qu'il jugerait acceptables (sans qu'il puisse se montrer à cet égard déraisonnable); *b*) que la nature et les *incidences* (quant au degré de surveillance) de l'obligation de faire rapport soient celles qui sont indiquées aux paragraphes 76 à 78 ci-dessus; et *c*) que, de même qu'à l'égard du Conseil de la Société des Nations, le Mandataire n'ait pas l'obligation juridique d'appliquer les recommandations de l'organe de surveillance, pas plus que les Etats qui administrent des territoires sous tutelle ne sont obligés d'accepter les avis de l'Assemblée générale des Nations Unies en tant qu'organe de surveillance (voir ci-dessus, par. 77 et 104 et note 66).

121. En plus, ou plutôt à la place de la méthode qui précède, on pourrait considérer comme incombant à l'Afrique du Sud, cette fois sur la base de la Charte et non plus du Mandat, qu'elle reprenne la transmission de rapports en vertu de l'article 73, alinéa *e*), de la Charte (sur ce point, voir l'opinion dissidente commune de 1962, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 541-548 et le paragraphe 43 *b*) ci-dessus), puisque le Sud-Ouest africain est sans aucun doute un territoire non autonome. Il devrait néanmoins être entendu que cette reprise se ferait à condition que les rapports ne soient pas examinés par le Conseil de tutelle, sauf si l'Afrique du Sud y consent.

⁷⁰ Par hypothèse cependant, ce ne serait pas à l'égard des Nations Unies que le Mandataire aurait ce devoir, sinon la même situation se répéterait sous une autre forme.

3. *For other States*

122. *For other States* the “legal consequences” of the fact that South Africa’s Mandate has not been validly revoked, and still subsists in law are:

- (1) to recognize that the United Nations is not, any more than the Mandatory, competent unilaterally to change the status of the mandated territory;
- (2) to respect and abide by the Mandatory’s continued right to administer the territory, unless and until any change is brought about by lawful means.

* * *

123. On the foregoing basis it becomes unnecessary for me to consider what the legal consequences for States would be if the view taken in the Opinion of the Court were correct; although, since the measures indicated by the Court seem to be based mostly on resolutions of the Security Council that—for the reasons given in paragraphs 112-114 above—I would regard as having only a recommendatory effect, I would be obliged to question the claim of these measures to be in the proper nature of “legal consequences”, even if I otherwise agreed with that Opinion. (I also share the views of my colleagues Judges Gros, Petré, Onyeama and Dillard as to the standing of certain of these measures.)

124. There is however another aspect of the matter to which I attach importance and which I think needs stressing. It was for this reason, that, on 9 March 1971, during the oral proceedings (see Record, C.R. 71/19, p. 23), I put a question to Counsel for the United States of America, then addressing the Court. I do not think I can do better than cite this question and the written answer to it, as received in the Registry of the Court some ten days later (18 March 1971):

Question: In the opinion of the United States Government is there any rule of customary international law which, in general, obliges States to apply sanctions against a State which has acted, or is acting, illegally—such as cutting off diplomatic, consular and commercial relations with the tortfeasor State? If not, in what manner would States become compelled so to act—not merely by way of moral duty or in the exercise of a faculty, but as a matter of positive legal obligations?

Reply: It is the opinion of the United States that there is no rule of customary international law imposing on a State a duty to apply sanctions against the State which has acted, or is acting, illegally. However, under the Charter of the United Nations, the Security Council has the power to decide that member States should apply

3. Pour les autres Etats

122. Pour les autres Etats, les « conséquences juridiques » du fait que le Mandat de l'Afrique du Sud n'a pas été valablement révoqué et subsiste en droit sont qu'il leur incombe :

- 1) de reconnaître que l'Organisation des Nations Unies n'est pas compétente, non plus que le Mandataire, pour modifier unilatéralement le statut du territoire sous mandat;
- 2) de respecter et d'observer le droit qu'a encore le Mandataire d'administrer le territoire, tant qu'un changement n'a pas été opéré par des moyens juridiquement valables.

* * *

123. Sur cette base, je n'ai pas à me demander quelles seraient les conséquences juridiques pour les Etats si la conception dont procède l'avis de la Cour était juste; de toute façon, comme les mesures indiquées par la Cour paraissent s'appuyer surtout sur les résolutions du Conseil de sécurité qui n'ont pour moi d'autre effet que celui de recommandations, pour les raisons données aux paragraphes 112 à 114 ci-dessus, je me verrais dans l'obligation de contester que ces mesures aient véritablement le caractère de « conséquences juridiques », même si par ailleurs je souscrivais à l'avis. (Je partage également les vues de mes collègues MM. Gros, Petrén, Onyeama et Dillard sur la valeur de certaines de ces mesures.)

124. Il y a toutefois un autre aspect auquel j'attache de l'importance et qui me paraît devoir être souligné. C'est d'ailleurs pour cela que, le 9 mars 1971, au cours de la procédure orale, j'ai posé une question au représentant des Etats-Unis d'Amérique, qui présentait alors son exposé oral. Je ne puis faire mieux, me semble-t-il, que de citer le libellé de cette question et la réponse écrite qui est parvenue au Greffe de la Cour une dizaine de jours plus tard, le 18 mars 1971 :

Question: Existe-t-il selon le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique une règle de droit international coutumier qui, d'une manière générale, oblige les Etats à appliquer des sanctions contre un Etat qui a agi ou qui agit illégalement — par exemple à rompre les relations diplomatiques, consulaires et commerciales avec l'Etat fautif? Sinon, comment l'obligation d'agir ainsi s'imposerait-elle aux Etats, autrement que comme un simple devoir moral ou simple exercice d'une faculté, en tant qu'obligation juridique positive?

Réponse: De l'avis des Etats-Unis, il n'existe pas de règle de droit international coutumier qui oblige les Etats à appliquer des sanctions contre un Etat qui a agi ou qui agit illégalement. Toutefois, en vertu de la Charte des Nations Unies, le Conseil de sécurité a le pouvoir de décider que les Etats Membres doivent appliquer des sanctions

sanctions against the State which acts in certain illegal ways. Thus, should the Security Council determine that an illegal act by a State constitutes "a threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression", it would have a duty under Article 39 to "make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security". Whenever the Security Council makes such a determination and decides that diplomatic, consular and commercial relations shall be cut off in accordance with Article 41 of the Charter, all Members of the United Nations have the duty to apply such measures.

If the latter part of this reply is intended to indicate that it is broadly speaking only in consequence of decisions taken under Chapter VII of the Charter, after a prior determination of the existence of a "threat to the peace, breach of the peace or act of aggression", that a legal duty for member States would arise to take specific measures, I can only agree.

POSTSCRIPTUM

OTHER CONSEQUENCES

125. In the latter part of his separate declaration, the President of the Court has made certain observations which, though closely related to the legal issues involved in this case, have a different character. Taking my cue from him, I should like to do the same. In the period 1945/1946, South Africa could have confronted the United Nations with a *fait accompli* by incorporating SW. Africa in its own territory, as a component province on a par with Cape province, Natal, the Transvaal and the Orange Free State. Had this been done, there would have been no way in which it could have been prevented, or subsequently undone, short of war. Wisely however, though at the same time exercising considerable restraint from its own point of view, South Africa refrained from doing this. If however "incorporation" is something which the United Nations believes it could never accept, there should equally be a reciprocal and corresponding realization of the fact that the conversion of SW. Africa into the sovereign independent State of Namibia (unless it were on a very different basis from anything now apparently contemplated) could only be brought about by means the consequences of which would be incalculable, and which do not need to be specified. Clearly therefore, in a situation in which no useful purpose can be served by launching the irresistible force against the immovable object, statesmanship should seek a *modus vivendi*—while there is yet time.

(Signed) G. G. FITZMAURICE.

contre un Etat qui a certains comportements illicites. Par exemple, si le Conseil de sécurité constate qu'un acte illicite d'un Etat constitue « une menace contre la paix ... une rupture de la paix ou ... un acte d'agression », il a le devoir, en vertu de l'article 39, de faire « des recommandations ou [décider] quelles mesures seront prises conformément aux articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ». Quand le Conseil de sécurité fait une telle constatation et décide que les relations diplomatiques, consulaires et commerciales doivent être rompues conformément à l'article 41 de la Charte, tous les Membres des Nations Unies ont le devoir d'appliquer ces mesures.

Si la dernière partie de cette réponse veut dire que c'est, grosso modo, uniquement quand des décisions sont adoptées en vertu du chapitre VII de la Charte, l'existence d'une « menace contre la paix, d'une rupture de paix ou d'un acte d'agression » ayant été préalablement constatée, que les Etats Membres auraient l'obligation juridique de prendre des mesures positives, je ne peux que me ranger à cet avis.

POST-SCRIPTUM

AUTRES CONSÉQUENCES

125. Dans la dernière partie de sa déclaration, le Président de la Cour a présenté certaines observations qui, tout en étant liées de près aux problèmes juridiques en cause dans la présente affaire, ont un caractère différent. Prenant exemple sur lui, je formulerai aussi quelques remarques. Pendant la période 1945-1946, l'Afrique du Sud aurait pu mettre les Nations Unies devant le fait accompli, en incorporant le Sud-Ouest africain à son territoire pour le transformer en une province comme celle du Cap, comme le Natal, le Transvaal ou l'Etat libre d'Orange. Si elle l'avait fait, il n'y aurait eu aucun moyen sauf la guerre de s'y opposer ou de revenir sur la transformation effectuée. Faisant preuve de sagesse mais en se contraignant aussi de son point de vue à beaucoup de modération, l'Afrique du Sud s'est abstenue de se comporter de la sorte. Mais si l'« incorporation » est une mesure que les Nations Unies estiment ne jamais pouvoir accepter, il convient qu'il soit également et réciproquement compris que la conversion du Sud-Ouest africain en un Etat de Namibie souverain et indépendant (sauf si elle se produit sur une base très différente de ce que l'on paraît actuellement envisager) ne peut être obtenue que par des moyens aux conséquences incalculables, qu'il est inutile de préciser. Cela étant, lorsqu'on se trouve dans une situation où il ne sert à rien de lancer une force irrésistible contre un objet immobile, l'homme d'Etat doit chercher un *modus vivendi*, pendant qu'il en est encore temps.

(Signé) G. G. FITZMAURICE.

ANNEX

PRELIMINARY AND INCIDENTAL MATTERS ¹*1. Incompetence of the United Nations
Assembly to act as a court of law*

1. When, by its Resolution 2145 of 1966, the Assembly purported to declare the termination of South Africa's mandate, on the basis of alleged fundamental breaches of it, and to declare this not merely as a matter of opinion but as an *executive* act having the intended operational effect of bringing the Mandate to an end—or registering its termination—and of rendering any further administration of the mandated territory by South Africa illegal,—it was making pronouncements of an essentially juridical character which the Assembly, not being a judicial organ, and not having previously referred the matter to any such organ, was not competent to make.

2. There is nothing unusual in the view here expressed. On the contrary it represents the normal state of affairs, which is that the organ competent to perform an act, in the executive sense, is not the organ competent to decide whether the conditions justifying its performance are present. In all other fields a separation of functions is the rule. Thus the legislature is alone competent to enact a law,—the executive or administration alone competent to apply or enforce it,—the judiciary alone competent to interpret it and decide whether its application or enforcement is justified in the particular case. In the institutional field, the justification for the act of some organ or body may turn upon considerations of a political or technical character, or of professional conduct or discipline, and if so, the political, technical or professional organ or body concerned will, in principle, be competent to make the necessary determinations. But where the matter turns, and turns exclusively, on considerations of a legal character, a political organ, even if it is competent to take any resulting action, is not itself competent to make the necessary legal determinations on which the justification for such action must rest. This can only be done by a legal organ competent to make such determinations.

¹ Relegation to this Annex does not in any way involve that the matters dealt with in it are regarded as of secondary importance;—quite the reverse—they involve issues as salient in their way as any in the case. But to have dealt with them at the earlier stage to which they really belong would have held up or interrupted the development of the main argument which I wished to put first.

ANNEXE

QUESTIONS PRÉLIMINAIRES ET QUESTIONS INCIDENTES ¹*1. L'Assemblée générale des Nations Unies est
incompétente pour agir comme tribunal*

1. Quand, par sa résolution 2145 de 1966, l'Assemblée générale a prétendu déclarer terminé le Mandat de l'Afrique du Sud, au motif que celle-ci aurait commis des violations fondamentales de ce Mandat, cette déclaration représentant non pas simplement l'expression d'une opinion mais un acte de nature *exécutive* qui devait avoir pour effet pratique de mettre fin au Mandat ou de consacrer son extinction, et de rendre désormais illégale l'administration du territoire sous Mandat par l'Afrique du Sud, elle a émis des prononcés d'un caractère essentiellement juridique qu'elle n'avait pas compétence pour formuler, faute d'être un organe judiciaire et de n'avoir pas au préalable renvoyé la question à un organe judiciaire.

2. Il n'y a rien d'inhabituel dans l'opinion exprimée ici. Au contraire, elle représente l'état de choses normal, à savoir que l'organe compétent pour accomplir concrètement un acte dans le cadre de ses responsabilités exécutives n'est pas l'organe compétent pour décider si les conditions justifiant son accomplissement sont réunies. Dans tous les autres domaines, une division similaire des fonctions est chose courante. Ainsi le pouvoir législatif est seul compétent pour promulguer une loi, le pouvoir exécutif ou l'administration seuls compétents pour l'appliquer ou la mettre en vigueur, le pouvoir judiciaire seul compétent pour l'interpréter et décider si son application ou sa mise en vigueur sont justifiées dans un cas donné. Dans le domaine des institutions, la justification de l'acte accompli par un organe quelconque peut tenir à des considérations d'ordre politique ou technique, ou à des considérations de comportement professionnel ou de discipline, et, le cas échéant, l'organe ou institution politique, technique ou professionnel intéressé sera, en principe, habilité à faire les constatations nécessaires. Mais lorsque la question dépend, et dépend exclusivement, de considérations d'ordre juridique, un organe politique n'a pas lui-même le pouvoir de procéder aux constatations juridiques qui doivent

¹ Le fait que certaines questions sont traitées dans la présente annexe ne veut nullement dire que je les considère comme d'importance secondaire; bien au contraire, elles posent des problèmes qui, d'une certaine façon, présentent la même prééminence que n'importe quel autre aspect de l'affaire. Mais si je les avais traitées auparavant, à la place qui est véritablement la leur, j'aurais ralenti ou interrompu le développement de l'argument principal, que je tenais à exposer le premier.

3. It must be added that besides being *ultra vires* under this head, the Assembly's action was arbitrary and high-handed, inasmuch as it acted as judge in its own cause relative to charges in respect of which it was itself the complainant, and without affording to the "defendant" any of the facilities or safeguards that are a normal part of the judicial process.

4. It has been contended that the competence of the Assembly to make determinations of a legal character is shown by the fact that Article 6 of the Charter confers upon it the right (upon the recommendation of the Security Council) to expel a member State "which has persistently violated the principles contained in . . . the Charter". This however merely means that the framers of the Charter did confer this particular specific power on the Assembly, in express terms, without indicating whether or not it was one that should only be exercised after a prior determination of the alleged violations by a competent juridical organ. To argue from the power thus specifically conferred by Article 6, that the Assembly must therefore be deemed to possess a *general* power under the Charter to make legal determinations, is clearly fallacious.

5. The contention that Resolution 2145 did not actually terminate South Africa's mandate, but merely registered its termination by South Africa itself, through its breaches of it, i.e., that the Resolution was merely declaratory not executive, is clearly nothing but an expedient directed to avoiding the difficulty;—for even as only declaratory, the resolution amounted to a finding that there had been breaches of the Mandate,—otherwise there would have been no basis even for a declaratory resolution. It is moreover a strange and novel juridical doctrine that, by infringing an obligation, the latter can be brought to an end,—but doubtless a welcome one to those who are looking for an easy way out of an inconvenient undertaking.

6. No less of an expedient is the plea that South Africa had itself "disavowed the Mandate" ever since 1946. South Africa's attitude has always been that, as a matter of *law*, either the Mandate was so bound up with the League of Nations that it could not survive the latter's dissolution, or else, that if it did, it did not survive in the form claimed in the United Nations. Whether this view was correct or not it was in no sense equivalent to a "disavowal" of the Mandate. To deny the existence of an obligation is *ex hypothesi* not the same as to repudiate it². Nor can any such deduction legitimately be drawn from the failure to render reports to, and accept the supervision of the Assembly, based as this was on the

² For this reason the justification for the revocation of the Mandate which the Court finds in Article 60, paragraph 3 (*a*), of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties is quite misplaced.

justifier son action, même s'il a compétence pour prendre les mesures qui en découlent. Seul possède ce pouvoir un organe juridique compétent pour procéder à ces constatations.

3. Il faut ajouter qu'outre qu'elle constitue un excès de pouvoir sur ce point, l'action de l'Assemblée a été parfaitement arbitraire dans la mesure où l'Assemblée était à la fois juge et partie au regard d'accusations qu'elle avait portées elle-même, sans donner au « défendeur » aucun des moyens et des garanties que comporte normalement le processus judiciaire.

4. On a affirmé que l'aptitude de l'Assemblée à faire des constatations de caractère juridique ressort du fait que l'article 6 de la Charte lui confère le droit d'exclure, sur recommandation du Conseil de sécurité, un Etat Membre ayant « enfreint de manière persistante les principes énoncés dans la ... Charte ». Cela signifie seulement que les auteurs de la Charte ont conféré à l'Assemblée, en termes exprès, le pouvoir *spécifique* dont il s'agit, sans préciser si ce pouvoir ne pouvait être exercé qu'une fois les prétendues violations constatées par un organe juridique compétent. Déduire du pouvoir spécifiquement conféré par l'article 6 que l'Assemblée est censée tenir nécessairement de la Charte un pouvoir *général* de faire des constatations juridiques, c'est nettement fallacieux.

5. La thèse selon laquelle la résolution 2145 n'a pas effectivement mis fin au Mandat de l'Afrique du Sud, mais s'est bornée à noter que l'Afrique du Sud y avait mis fin elle-même, en raison des violations commises par elle, autrement dit la thèse selon laquelle cette résolution était purement déclaratoire et non pas exécutoire, n'est manifestement qu'un expédient visant à éluder la difficulté; en effet, même si elle n'est que déclaratoire, la résolution constatait en réalité que des violations du Mandat avaient eu lieu, car à défaut rien ne justifiait l'adoption d'une résolution même simplement déclaratoire. En outre, c'est une doctrine étrange et inédite que celle qui consiste à prétendre qu'en enfreignant une obligation on peut mettre un terme à celle-ci, mais ceux qui cherchent un moyen facile de se soustraire à un engagement embarrassant l'accueilleront certainement avec satisfaction.

6. L'argument selon lequel l'Afrique du Sud elle-même avait « dénoncé le Mandat » dès 1946 est lui aussi un expédient. L'attitude de l'Afrique du Sud a été que, sur le plan *juridique*, ou bien le Mandat était à tel point lié à la Société des Nations qu'il ne pouvait survivre à la dissolution de celle-ci, ou bien que, s'il avait survécu, ce ne pouvait être sous la forme que prétendaient les Nations Unies. Que ce point de vue ait été juridiquement fondé ou non, cela n'équivalait aucunement à une « dénonciation » du Mandat. Par hypothèse, nier l'existence d'une obligation et la dénoncer sont deux choses différentes ². On ne peut pas non plus tirer légitimement cette déduction du refus de faire rapport à l'Assemblée générale et

² C'est pourquoi la justification de la révocation du Mandat que la Cour découvre dans l'article 60, paragraphe 3 a), de la convention de Vienne sur le droit des traités (1969) est tout à fait hors de propos.

contention (considered correct by an important body of professional opinion) that no legal obligation to that effect existed. If this were not so, no party to a dispute could argue its case without being told that, by doing so, it had "disavowed" its obligations.

* * *

7. It has also been argued that the Assembly had "vainly" tried to obtain the necessary findings from the Court via the contentious proceedings brought by Ethiopia and Liberia in the period 1960-1966. But this would be tantamount (*a*) to saying that because the Assembly did not get the judgment it wanted in 1966, it was therefore justified in taking the law into its own hands, which, however, would in no way serve to validate Resolution 2145;—(*b*) to admitting that the 1966 Judgment was right in seeing the then Applicants in the light of agents of the United Nations and not, as they represented themselves to be, litigants in contentious proceedings sustaining an interest of their own;—and (*c*) recognizing that, as was strongly hinted in paragraphs 46-48 (especially the latter) of the 1966 Judgment, the correct course would have been for the Assembly as an organ to have asked the Court for an advisory opinion on the question of breaches of the Mandate, in relation to which the objection as to legal interest would not have been relevant. It was still open to the Court to do this, for instance in 1967. It cannot therefore do other than give a wrong impression if it is said that the Assembly in 1966 had no other course open to it but to adopt Resolution 2145 without having previously sought legal advice on this basis.

* * *

8. These various purported justifications for the Assembly making legal determinations, though not itself a competent legal organ, and without any reference to such an organ, or even to an *ad hoc* body of jurists (such as was the settled practice of the League Council in all important cases), are clearly illusory. In the result, the conclusion must be that the Assembly's act was *ultra vires* and hence that Resolution 2145 was invalid, even if it had not been otherwise ineffective in law to terminate South Africa's mandate.

*2. The Court's right to examine the assumptions
underlying any Request for an Advisory Opinion*

9. Although the Court has to some extent gone into the question of the validity and effect of Assembly Resolution 2145, it has not adequately

d'accepter sa surveillance, qui se fondait sur l'argument — tenu pour justifié par un fort courant d'opinion — qu'il n'existait aucune obligation juridique à cet effet. S'il n'en était pas ainsi, aucune partie à un différend ne pourrait faire valoir ses moyens sans s'entendre dire que, ce faisant, elle a « dénoncé » ses obligations juridiques.

* * *

7. On a dit aussi que l'Assemblée avait « en vain » tenté d'obtenir de la Cour les constatations nécessaires à la faveur de la procédure contentieuse introduite par l'Éthiopie et le Libéria (1960-1966). Mais cet argument revient à: *a*) confirmer que, n'ayant pas obtenu l'arrêt qu'elle souhaitait en 1966, l'Assemblée était fondée à se faire justice elle-même, ce qui ne contribuerait d'ailleurs pas à rendre valable la résolution 2145; *b*) admettre que l'arrêt de 1966 a eu raison de voir dans les demandeurs des agents des Nations Unies et non pas, comme ils le prétendaient, des parties à une procédure contentieuse défendant un intérêt propre; et *c*) reconnaître que, comme l'arrêt de 1966 l'a nettement donné à entendre dans ses paragraphes 46 à 48 (et surtout ce dernier), l'Assemblée en tant qu'organe aurait normalement dû solliciter de la Cour un avis consultatif sur la question des violations du Mandat, au regard de laquelle l'objection tirée de l'intérêt juridique n'aurait pas été pertinente. La Cour aurait encore pu le faire, en 1967 par exemple. On ne peut donc que donner une fausse impression si l'on dit qu'en 1966 l'Assemblée n'avait pas d'autre possibilité que d'adopter la résolution 2145 (XXI) sans avoir au préalable demandé un avis juridique à cet égard.

* * *

8. Toutes ces prétendues justifications du pouvoir qu'aurait l'Assemblée de faire des constatations juridiques, bien qu'elle ne soit pas elle-même un organe juridique compétent, et de les faire sans avoir à se référer à un tel organe ou même à un groupe *ad hoc* de juristes (comme c'était la pratique habituelle du Conseil de la SdN dans toutes les affaires importantes) sont parfaitement illusoirs. En définitive il faut conclure que l'action de l'Assemblée a constitué un excès de pouvoir et, par suite, que la résolution 2145 était sans valeur juridique, abstraction faite des autres raisons de droit qui empêchaient qu'elle mît fin au Mandat de l'Afrique du Sud.

*2. Droit pour la Cour d'examiner les prémisses
de toute demande d'avis consultatif*

9. Bien que la Cour se soit, jusqu'à un certain point, penchée sur la question de la validité et de l'effet de la résolution 2145 de l'Assemblée

examined the question of its right to do so having regard to the way in which the Request for an Advisory Opinion in the present case was worded. The matter is however so important for the whole status and judicial function of the Court that it becomes necessary to consider it.

10. The Court could not properly have based itself on the literal wording of the Request, in order to regard its task in the present proceedings as being confined solely to indicating what, on the assumptions contained in the Request, and without any prior examination of their validity, are the legal consequences for States of South Africa's continued presence in SW. Africa,—those assumptions being that the Mandate for that territory had been lawfully terminated and hence that this presence was illegal³. The Court cannot do so for the simple but sufficient reason that the question whether the Mandate is or is not legally at an end goes to the root of the whole situation that has led to the Request being made. If the Mandate is still, as a matter of law, in existence, then the question put to the Court simply does not arise and no answer could be given. Alternatively the question would be a purely hypothetical one, an answer to which would, in those circumstances, serve no purpose, so that the situation would, on a different level, resemble that which, in the *Northern Cameroons* case (*I.C.J. Reports 1963*, p. 15), caused the Court to hold (at p. 38) that it could not “adjudicate upon the merits of the claim” because *inter alia*, the circumstances were such as would “render any adjudication devoid of purpose”. It has constantly been emphasized in past advisory cases—(and this was also confirmed in the contentious case just mentioned, in which occasion arose to consider the advisory practice)—that in advisory, no less than in contentious proceedings, the Court must still act as a court of law (and not, for instance, as a mere body of legal advisers),—that “the Court's authority to give advisory opinions must be exercised as a judicial function” (*ibid.*, at p. 30),—and that, to use the wording of one of the most quoted dicta of the Permanent Court in the *Eastern Carelia* case, *P.C.I.J., Series B, No. 5* (1923) at page 29, the Court “being a Court of Justice, [it] cannot, even in giving advisory opinions, depart from the essential rules guiding [its] activity as a Court”.

11. So much is this the case that the original tendency in the past was to question whether the mere giving of *advice*, even in solemn form such as by means of an advisory opinion of the Court, was compatible with the judicial function at all⁴. The Court has not of course taken this view but,

³ The fact that certain representatives of member States in the Security Council said that they understood the Request in this sense, and even that they only agreed to it on that basis, cannot of course in any way bind the Court. Neither representatives of States, nor such organs as the Security Council itself, possess any competence to restrict the Court as to what it shall take account of in delivering a legal opinion.

⁴ See the discussion in Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, pp. 510-511.

générale, elle n'a pas examiné comme il eût convenu la question du droit qu'elle avait de le faire, étant donné la façon dont la demande d'avis consultatif était formulée dans la présente affaire. Or la question est si importante pour la position et la fonction judiciaire de la Cour qu'il est nécessaire de l'étudier ici.

10. La Cour n'aurait pu légitimement s'en tenir à la lettre de la requête et considérer que sa seule tâche en la présente instance était d'indiquer les conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud au Sud-Ouest africain, en tenant pour acquise, sans autre examen, la validité des postulats dont procède la requête — à savoir qu'il a été valablement mis fin au Mandat pour ce territoire et que la présence sud-africaine est par conséquent illégale³. La Cour ne peut agir ainsi pour la raison simple mais suffisante que la question de savoir si le Mandat a juridiquement pris fin ou non est à la racine même de la situation qui a conduit à la présentation de la requête. Si, en droit, le Mandat est encore en vigueur, la question qui a été posée à la Cour est sans objet et il ne peut y être répondu; ou bien elle est purement hypothétique et, dans ces conditions, il ne servirait à rien d'y répondre; la situation, à un niveau différent, ressemblerait donc à celle qui, dans l'affaire du *Cameroun septentrional* (C.I.J. Recueil 1963, p. 15), a conduit la Cour à dire qu'elle ne pouvait « statuer au fond sur la demande », notamment parce que les circonstances étaient telles qu'elles rendaient « toute décision judiciaire sans objet » (*ibid.*, p. 38). Il a constamment été souligné dans les affaires consultatives antérieures — et cela a été confirmé également dans l'affaire contentieuse susvisée, où l'occasion s'est présentée d'examiner la pratique suivie en matière consultative — que sur le plan consultatif comme au contentieux la Cour doit toujours agir comme un tribunal (et non, par exemple, comme un simple groupe de conseillers juridiques); on a rappelé que « le pouvoir conféré à la Cour de rendre des avis consultatifs doit s'exercer dans le cadre de la fonction judiciaire » (*ibid.*, p. 30) et que, pour reprendre l'une des formules les plus souvent citées de la Cour permanente dans l'affaire du *Statut de la Carélie orientale*, la Cour, « étant une Cour de Justice, ne peut pas se départir des règles essentielles qui dirigent son activité de tribunal, même lorsqu'elle donne des avis consultatifs » (C.P.J.I. série B n° 5, p. 29).

11. C'est tellement vrai qu'à l'origine on a eu tendance à mettre en doute que le fait de donner ce qui n'était qu'un avis, même sous une forme solennelle, comme c'est le cas, par exemple, pour les avis consultatifs de la Cour, soit compatible avec la fonction judiciaire⁴. Telle n'a évidemment

³ La Cour ne saurait évidemment être liée en quoi que ce soit par le fait que certains représentants d'États Membres au Conseil de sécurité ont déclaré interpréter la requête en ce sens et même ne l'approuver qu'à cette condition. Ni les représentants des États ni des organes comme le Conseil de sécurité lui-même, n'ont compétence pour dire à la Cour à quels éléments elle devra se limiter en vue de rendre un avis juridique.

⁴ Voir Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, p. 510 et 511.

to cite a very high authority and former judge of the Permanent Court ⁵:

“... the Court ... has conceived of its advisory jurisdiction as a judicial function, and in its exercise of this jurisdiction it has kept within the limits which characterize judicial action. It has acted *not as an ‘academy of jurists’ but as a responsible ‘magistrature’*”—(my italics).

The words italicized in the passage just quoted contain the key to the question. If an organ such as the General Assembly or Security Council of the United Nations likes to refer some question to a body of legal experts, whether a standing one or set up *ad hoc* for the purpose, which that body is instructed to answer on the basis of certain specified assumptions that are to be taken as read, it will be acting perfectly properly if it proceeds accordingly, because it is not a court of law and is not discharging or attempting to discharge any *judicial* function: it is indeed bound by its instructions, which the organ concerned is entitled to give it. But the Court, which is itself one of the six original main organs of the United Nations, and not inferior in status to the others, is not bound to take instruction from any of them, in particular as to how it is to view and interpret its tasks as a court of law, which it is and must always remain, whatever the nature and context of the task concerned;—and whereas a body of experts may well, as a sort of technical exercise, give answers on the basis of certain underlying assumptions irrespective of their validity or otherwise, a court cannot act in this way: it is bound to look carefully at what it is being asked to do, and to consider whether the doing of it would be compatible with its status and function as a court.

12. This faculty constitutes in truth the foundation of the admitted right of the Court, deriving from the language of Article 65, paragraph 1, of its Statute, and consecrated in its jurisprudence, to refuse entirely to comply with a request for an advisory opinion if it thinks that, for sufficient reasons, it would be improper or inadvisable for it to do so;—and if the Court can thus refuse entirely, *a fortiori* can it, and must it, insist on undertaking a preliminary examination of the assumptions on which any request is based, particularly where, as in the present case, those assumptions are of such a character that, unless they are well-founded, the question asked has no meaning or could admit of only one reply. Otherwise put, for a court to give answers that *can only* have significance and relevance if a certain legal situation is presumed to exist, but without enquiring whether it does (in law) exist, amounts to no more than indulging in an interesting parlour game, which is not what courts of law are for. In the present case, if the Court had lent itself to such a course, it would not have been engaging in a judicial activity,—it would have to

⁵ Hudson, *op. cit.*, p. 511.

pas été l'opinion de la Cour; au contraire, pour citer un auteur qui fait autorité et a été juge à la Cour permanente ⁵:

« la Cour ... a conçu sa compétence en matière consultative, comme une fonction judiciaire et, dans l'exercice de cette compétence, elle s'est tenue dans les limites propres à l'action judiciaire. Elle a agi *non pas comme une « académie de juristes » mais comme une « magistrature » responsable.* » (Les italiques sont de nous.)

Les mots mis en italiques dans le passage qui vient d'être cité contiennent la clé du problème. S'il plaît à un organe comme l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité des Nations Unies de renvoyer telle ou telle question à un groupe d'experts juridiques, permanent ou créé pour l'occasion, en le priant d'y répondre à partir de certains postulats précis qu'il doit tenir pour acquis, il est parfaitement normal que ce groupe agisse en conséquence parce qu'il n'est pas un tribunal et n'exerce pas ou n'essaie pas d'exercer une fonction *judiciaire*: il est certainement tenu de respecter les instructions que l'organe intéressé est habilité à lui donner. Mais la Cour, qui est elle-même l'un des six principaux organes originaires des Nations Unies et n'a pas un statut inférieur aux autres, n'est tenue de recevoir d'instructions d'aucun d'entre eux, surtout sur la manière dont elle doit considérer et interpréter ses fonctions de tribunal, car elle est et doit toujours rester un tribunal, quels que soient la nature et le contexte de la tâche particulière qui l'occupe. Si un groupe d'experts peut fort bien, se livrant à une sorte d'exercice technique, donner des réponses en se fondant sur certaines hypothèses préétablies, indépendamment de leur validité, un tribunal ne peut agir ainsi: il est tenu d'examiner soigneusement ce qu'on lui demande de faire et de juger si cela serait compatible avec son statut et sa fonction de tribunal.

12. Cette faculté constitue en vérité le fondement du droit reconnu de la Cour, qui découle de l'article 65, paragraphe 1, de son Statut et est consacré par sa jurisprudence, de refuser purement et simplement de donner suite à une demande d'avis consultatif si elle estime, pour des raisons suffisantes, qu'il ne serait ni séant ni opportun de le faire; or, si la Cour peut purement et simplement refuser de donner suite, à fortiori peut-elle et doit-elle insister pour entreprendre un examen préliminaire des postulats dont procède la demande, en particulier quand ces postulats sont, comme en la présente instance, tels que, s'ils ne sont pas fondés, la question posée n'a pas de sens ou ne peut appeler qu'une seule réponse. Autrement dit, le fait, pour un tribunal, de donner des réponses qui *peuvent seulement* avoir un sens et de la pertinence si une situation juridique donnée est présumée exister, sans examiner si elle existe (en droit), reviendrait simplement à se livrer à un intéressant jeu de société, ce qui n'est pas le rôle d'un tribunal. Dans la présente affaire, si la Cour avait agi de la sorte, elle aurait non pas exercé une activité

⁵ Hudson, *op. cit.*, p. 511.

abnegate its true function as a court-of-law and would indeed have acted as if, in the words used by Judge Hudson, it were "an academy of jurists".

*3. Should the Court have complied
with the Request in this case*

13. There can be no doubt that the question put to the Court was a legal one, such as it had the power to answer if it considered it proper to do so,—more especially if (as it must be) the question is regarded as relating not only to the legal *consequences* of the General Assembly Resolution 2145 but also to the validity of that Resolution itself, and its effect upon the Mandate for South West Africa.

14. On the other hand, had the Court considered that the form of the question addressed to it precluded it from following any but the first course (i.e., dealing with the "consequences" alone), and excluded, or was intended to exclude, any consideration by it of the validity and effect of the act from which those consequences are supposed to flow—i.e., Assembly Resolution 2145—then this would have been a ground for declining to comply with the Request since, for the reasons given in the preceding section of this Annex, it is unacceptable for any organ making such a request to seek to limit the factors which the Court, as a court of law, considers it necessary to take into account in complying with it, or to prescribe the basis upon which the question contained in it must be answered. A further element is that the Court, not being formally obliged to comply with the Request at all (even though it might otherwise be right for it to do so), is necessarily the master, and the only master, of the basis upon which it will do so, if in fact it decides to comply.

15. Subject to what has just been said, I agree with the conclusion of the Court that it should comply with the Request, though not with some of the reasoning on which that conclusion is based⁶. I take this view even though I have no doubt that the present proceedings represent an attempt to use the Court for a purely political end, namely as a step towards the setting up of the territory of South West Africa as a new sovereign independent State, to be called "Namibia", irrespective of what the consequences of this might be at the present juncture. This aim is made perfectly clear by operative paragraphs 1, 2 and 6 of Resolution 2145

⁶ In particular as regards the question of the existence in this case of a "dispute" or "legal question pending" between States—as to which see section 4 below. But the "pendency" of a dispute or legal question is not *per se* a ground on which the Court must refuse to give an advisory opinion to the requesting organ. Where the Court was to blame, was in not applying the contentious procedure to the present advisory proceedings, as it had the power to do—(again see section 4 below).

judiciaire, mais renoncé à sa véritable fonction en tant que tribunal et elle se serait bel et bien comportée comme une « académie de juristes » — pour reprendre la formule du juge Hudson.

3. *La Cour devait-elle donner suite à la demande d'avis consultatif en l'espèce?*

13. Il ne fait pas de doute que la question posée à la Cour était une question juridique à laquelle la Cour avait le pouvoir de répondre si elle le jugeait opportun, plus particulièrement si la question est considérée (ce qu'elle doit être) comme ayant trait non seulement aux *conséquences* juridiques de la résolution 2145 de l'Assemblée générale, mais aussi à la validité même de cette résolution et à ses effets sur le Mandat pour le Sud-Ouest africain.

14. En revanche, si la Cour avait considéré que la forme sous laquelle la question lui était posée l'empêchait de suivre une autre méthode que celle qui consiste à traiter seulement des « conséquences », et excluait ou visait à exclure tout examen par la Cour de la validité et de l'effet de l'acte dont ces conséquences sont censées découler — la résolution 2145 de l'Assemblée générale —, la Cour aurait eu un motif pour ne pas donner suite à la requête; en effet, pour les raisons exposées dans la section qui précède, il est inacceptable qu'un organe qui formule une requête semblable cherche à limiter les facteurs dont la Cour, en tant que tribunal, juge nécessaire de tenir compte afin de répondre, ou à prescrire sur quelle base elle devra répondre. En outre, la Cour, n'étant pas formellement obligée de donner suite à la requête (même si par ailleurs il était approprié qu'elle le fît), est nécessairement maîtresse, et seule maîtresse, de choisir la base sur laquelle elle le fera, si elle décide effectivement d'y donner suite.

15. Sous réserve de ce qui vient d'être dit, je souscris à la conclusion de la Cour suivant laquelle il convient de donner suite à la requête mais non à certains des motifs dont cette conclusion découle⁶. Je le fais, bien que je ne doute pas que la présente procédure soit une tentative d'utiliser la Cour à des fins purement politiques, autrement dit comme un moyen de parvenir à la transformation du territoire du Sud-Ouest africain en un nouvel Etat indépendant et souverain, appelé « Namibie », sans se soucier de ce que pourraient être les conséquences dans la conjoncture présente. Que ce soit là l'objectif ressort avec une clarté parfaite des para-

⁶ En particulier pour ce qui est de l'existence d'un « litige » ou d'une « question juridique pendante » entre Etats — voir à ce propos la section 4 ci-après. Qu'un litige, ou une question juridique, soit « pendant » ne constitue pas en soi un motif qui oblige la Cour à refuser de donner un avis consultatif à l'organe requérant. Ce qu'on peut reprocher à la Cour, c'est de ne pas avoir appliqué la procédure contentieuse à la présente instance consultative comme elle avait le pouvoir de le faire (voir la section 4).

itself, which is reproduced here *in extenso*:

“The General Assembly,

Reaffirming the inalienable right of the people of South West Africa to freedom and independence in accordance with the Charter of the United Nations, General Assembly resolution 1514 (XV) of 14 December 1960 and earlier Assembly resolutions concerning the Mandated Territory of South West Africa,

Recalling the advisory opinion of the International Court of Justice of 11 July 1950, accepted by the General Assembly in its resolution 449 A (V) of 13 December 1950, and the advisory opinions of 7 June 1955 and 1 June 1956 as well as the judgement of 21 December 1962, which have established the fact that South Africa continues to have obligations under the Mandate which was entrusted to it on 17 December 1920 and that the United Nations as the successor to the League of Nations has supervisory powers in respect of South West Africa,

Gravely concerned at the situation in the Mandated Territory, which has seriously deteriorated following the judgement of the International Court of Justice of 18 July 1966,

Having studied the reports of the various committees which had been established to exercise the supervisory functions of the United Nations over the administration of the Mandated Territory of South West Africa,

Convinced that the administration of the Mandated Territory by South Africa has been conducted in a manner contrary to the Mandate, the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights,

Reaffirming its resolution 2074 (XX) of 17 December 1965, in particular paragraph 4 thereof which condemned the policies of apartheid and racial discrimination practised by the Government of South Africa in South West Africa as constituting a crime against humanity,

Emphasizing that the problem of South West Africa is an issue falling within the terms of General Assembly resolution 1514 (XV),

Considering that all the efforts of the United Nations to induce the Government of South Africa to fulfil its obligations in respect of the administration of the Mandated Territory and to ensure the well-being and security of the indigenous inhabitants have been of no avail,

Mindful of the obligations of the United Nations towards the people of South West Africa,

Noting with deep concern the explosive situation which exists in the southern region of Africa,

graphes 1, 2 et 6 de la résolution 2145 elle-même, que je reproduis *in extenso* ci-après :

« *L'Assemblée générale,*

Réaffirmant le droit inaliénable du peuple du Sud-Ouest africain à la liberté et à l'indépendance conformément à la Charte des Nations Unies, à la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1960, et aux résolutions antérieures de l'Assemblée concernant le Territoire sous mandat du Sud-Ouest africain,

Rappelant l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 11 juillet 1950, qui a été accepté par l'Assemblée générale dans sa résolution 449 A (V) du 13 décembre 1950, et les avis consultatifs du 7 juin 1955 et du 1^{er} juin 1956, ainsi que l'arrêt du 21 décembre 1962, lesquels ont établi que l'Afrique du Sud continue d'avoir des obligations en vertu du Mandat qui lui a été confié le 17 décembre 1920 et que l'Organisation des Nations Unies en tant que successeur de la Société des Nations a des pouvoirs de contrôle sur le Sud-Ouest africain,

Gravement préoccupée par la situation qui règne dans le Territoire sous mandat et qui s'est gravement détériorée depuis l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 18 juillet 1966,

Ayant étudié les rapports des divers comités qui ont été créés pour exercer les fonctions de contrôle de l'Organisation des Nations Unies sur l'administration du Territoire sous mandat du Sud-Ouest africain,

Convaincue que l'administration du Territoire sous mandat par l'Afrique du Sud a été assurée d'une manière contraire au Mandat, à la Charte des Nations Unies et à la Déclaration universelle des droits de l'homme,

Réaffirmant sa résolution 2074 (XX) du 17 décembre 1965, notamment le paragraphe 4 par lequel elle a condamné la politique d'apartheid et de discrimination raciale pratiquée par le Gouvernement sud-africain au Sud-Ouest africain comme constituant un crime contre l'humanité,

Soulignant que le problème du Sud-Ouest africain est une question qui relève des dispositions de la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale,

Considérant que tous les efforts faits par l'Organisation des Nations Unies pour amener le Gouvernement sud-africain à respecter ses obligations en ce qui concerne l'administration du Territoire sous mandat et à assurer le bien-être et la sécurité des autochtones du pays ont été inutiles,

Consciente des obligations de l'Organisation des Nations Unies vis-à-vis du peuple du Sud-Ouest africain,

Notant avec une profonde inquiétude la situation explosive qui existe dans la région méridionale de l'Afrique,

Affirming its right to take appropriate action in the matter, including the right to revert to itself the administration of the Mandated Territory,

1. *Reaffirms* that the provisions of General Assembly resolution 1514 (XV) are fully applicable to the people of the Mandated Territory of South West Africa and that, therefore, the people of South West Africa have the inalienable right to self-determination, freedom and independence in accordance with the Charter of the United Nations;

2. *Reaffirms further* that South West Africa is a territory having international status and that it shall maintain this status until it achieves independence;

3. *Declares* that South Africa has failed to fulfil its obligations in respect of the administration of the Mandated Territory and to ensure the moral and material well-being and security of the indigenous inhabitants of South West Africa and has, in fact, disavowed the Mandate;

4. *Decides* that the Mandate conferred upon His Britannic Majesty to be exercised on his behalf by the Government of the Union of South Africa is therefore terminated, that South Africa has no other right to administer the Territory and that henceforth South West Africa comes under the direct responsibility of the United Nations;

5. *Resolves* that in these circumstances the United Nations must discharge those responsibilities with respect to South West Africa;

6. *Establishes* an *Ad Hoc* Committee for South West Africa—composed of fourteen Member States to be designated by the President of the General Assembly—to recommend practical means by which South West Africa should be administered, so as to enable the people of the Territory to exercise the right of self-determination and to achieve independence, and to report to the General Assembly at a special session as soon as possible and in any event not later than April 1967;

7. *Calls upon* the Government of South Africa forthwith to refrain and desist from any action, constitutional, administrative, political or otherwise, which will in any manner whatsoever alter or tend to alter the present international status of South West Africa;

8. *Calls the attention* of the Security Council to the present resolution;

9. *Requests* all States to extend their whole-hearted co-operation and to render assistance in the implementation of the present resolution;

10. *Requests* the Secretary-General to provide all the assistance

Affirmant son droit de prendre des mesures appropriées à cet égard, y compris le droit de reprendre l'administration du Territoire sous mandat,

1. *Réaffirme* que les dispositions de la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale sont pleinement applicables au peuple du Territoire sous mandat du Sud-Ouest africain et que, par conséquent, le peuple du Sud-Ouest africain a le droit inaliénable à l'autodétermination, à la liberté et à l'indépendance, conformément à la Charte des Nations Unies;

2. *Réaffirme en outre* que le Sud-Ouest africain est un territoire qui a un statut international et qu'il devra conserver ce statut jusqu'à ce qu'il accède à l'indépendance;

3. *Déclare* que l'Afrique du Sud a failli à ses obligations en ce qui concerne l'administration du Territoire sous mandat, n'a pas assuré le bien-être moral et matériel et la sécurité des autochtones du Sud-Ouest africain et a, en fait, dénoncé le Mandat;

4. *Décide* que le Mandat confié à Sa Majesté britannique pour être exercé en son nom par le Gouvernement de l'Union sud-africaine est donc terminé, que l'Afrique du Sud n'a aucun autre droit d'administrer le Territoire et que désormais le Sud-Ouest africain relève directement de la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies;

5. *Conclut* que, dans ces conditions, l'Organisation des Nations Unies doit s'acquitter de cette responsabilité à l'égard du Sud-Ouest africain;

6. *Crée* un Comité spécial pour le Sud-Ouest africain — composé de quatorze Etats Membres qui seront désignés par le Président de l'Assemblée générale — chargé de recommander des dispositions d'ordre pratique pour l'administration du Sud-Ouest africain, afin de permettre au peuple du Territoire d'exercer son droit à l'autodétermination et d'accéder à l'indépendance, et de faire rapport à l'Assemblée générale réunie en session extraordinaire, aussi rapidement que possible et, quoi qu'il advienne, au plus tard en avril 1967;

7. *Invite* le Gouvernement sud-africain à s'abstenir et à se désister immédiatement de toute action, constitutionnelle, administrative, politique ou autre, qui de quelque manière que ce soit modifierait ou tendrait à modifier le statut international actuel du Sud-Ouest africain;

8. *Appelle l'attention* du Conseil de sécurité sur la présente résolution;

9. *Prie* tous les Etats de prêter sans réserve leur concours et d'aider à l'exécution de la présente résolution;

10. *Prie* le Secrétaire général de fournir toute l'assistance né-

necessary to implement the present resolution and to enable the *Ad Hoc* Committee for South West Africa to perform its duties.

*1454th plenary meeting,
27 October 1966.*"

If there could be any doubt it would be resolved by the two following more recent and conclusive pieces of evidence:

- (a) General Assembly Resolution 2248 (S-V) of 19 May 1967, after reaffirming Resolution 2145 and appointing a "Council for South West Africa" which later became known as the "Council for Namibia", ended as follows:

"Decides that South West Africa shall become independent on a date to be fixed in accordance with the wishes of the people and that the Council shall do all in its power to enable independence to be attained by June 1968."

- (b) On 29 January 1971, when the whole matter was already *sub judice* before the Court and the oral proceedings had actually started⁷, the United Nations "Council for Namibia" issued a statement commenting on the South African proposal for holding a plebiscite in SW. Africa under the joint supervision of the Court and the Government of the Republic, and finishing as follows:

"Furthermore, the issue at stake is the independence of Namibia, and not whether the Government of South Africa or the United Nations should administer the Territory. The United Nations decisions in this matter are aimed at achieving the independence of Namibia, and not its administration by the United Nations, except for a brief transitional period."

16. Despite the revealing character of these statements, and despite its obvious political background and motivation, the question put to the Court is, in itself, essentially a legal one. Moreover, in fact, most advisory proceedings have a political background. It could hardly be otherwise, as the Court pointed out in the *Certain Expenses* case with reference to interpretations of the Charter (*I.C.J. Reports 1962*, p. 155, *in fine*). But as the Court equally pointed out in that case (echoing a similar dictum

⁷ A sitting *in camera* was held on 27 January 1971 to hear the South African request for the appointment of a judge *ad hoc*. The public hearings started on February 8.

cessaire pour l'exécution de la présente résolution et pour mettre le Comité spécial pour le Sud-Ouest africain en mesure de s'acquitter de sa tâche.

*1454^e séance plénière,
27 octobre 1966.* »

Si le moindre doute était possible, il serait levé par les deux faits suivants, survenus plus récemment, et qui constituent des preuves concluantes :

- a) La résolution 2248 (S-V) du 19 mai 1967, par laquelle l'Assemblée générale a réaffirmé la résolution 2145 et nommé un « Conseil pour le Sud-Ouest africain », appelé par la suite « Conseil pour la Namibie », se termine sur ces mots :

« *Décide* que le Sud-Ouest africain deviendra indépendant à une date qui sera fixée conformément aux vœux de la population et que le Conseil fera tout en son pouvoir pour que le Territoire accède à l'indépendance au plus tard en juin 1968. »

- b) Le 29 janvier 1971, alors que l'affaire était déjà en instance devant la Cour et que la procédure orale était entamée⁷, le Conseil des Nations Unies pour la Namibie a publié une déclaration au sujet de la proposition de l'Afrique du Sud d'organiser un plébiscite dans le Sud-Ouest africain sous la surveillance conjointe de la Cour et du Gouvernement de la République, déclaration qui se termine par ces mots :

« En outre la question en jeu est celle de l'indépendance de la Namibie et non celle de savoir si l'administration du Territoire sera assurée par le Gouvernement sud-africain ou par l'Organisation des Nations Unies. Dans cette affaire, les décisions des Nations Unies visent à réaliser l'indépendance de la Namibie, et non pas à faire administrer le territoire par les Nations Unies, sauf pendant une brève période de transition. » [*Traduction du Greffe.*]

16. Malgré ces déclarations et ce qu'elles ont de révélateur et malgré les antécédents ou les motifs politiques de la question posée à la Cour, celle-ci a en soi un caractère essentiellement juridique. D'ailleurs, la plupart des procédures consultatives ont en fait un arrière-plan politique. Il pourrait difficilement en être autrement, comme la Cour l'a souligné dans l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies* à propos des interprétations de la Charte (*C.I.J. Recueil 1962, p. 155, in fine*). Mais,

⁷ Une audience à huis clos a été tenue le 27 janvier 1971 pour entendre la demande de l'Afrique du Sud concernant la désignation d'un juge *ad hoc*. Les audiences publiques ont commencé le 8 février.

made on a previous occasion⁸), such a background does not of itself impart a political character to the *question* the Court is asked to answer, and this is the important consideration. It would seem therefore that the political background of a question would only justify a refusal to answer where this background loomed so large as to impart a political character to the question also. In spite of doubts as to whether something of the kind has not occurred in the present case⁹, the legal character of the questions themselves remains.

4. *The question of the appointment of a South African judge ad hoc*

(a) *The relevant provisions of the Court's Statute and Rules*

17. The Court's rejection of the South African request to be allowed to appoint a judge *ad hoc* in the present case was embodied in the Order of the Court of 29 January 1971 to which my colleagues Judges Gros, Petrán and I appended a joint dissenting declaration reserving our right to give reasons for this at a later stage. In my opinion this rejection was wrong in law, and also unjustified as a matter of equity and fair dealing,—for it was obvious, and could not indeed be denied by the Court, that South Africa had a direct, distinctive and concrete special interest to protect in this case, quite different in kind from the general and common interest that other States had as Members of the United Nations. In short, South Africa had, and was alone in having, precisely the same type of interest in the whole matter that a litigant defendant has,—and should therefore have been granted the same right that any litigant before the Court possesses, namely that, if there is not already a judge of its own nationality amongst the regular judges of the Court, it can, under Article 31 of the Statute of the Court, appoint a judge *ad hoc* to sit for the purposes of the case¹⁰.

18. The Court's refusal to allow this was thrown into particular relief

⁸ See for instance the first *Admissions of New Members* case (*I.C.J. Reports 1947/1948*, at p. 61).

⁹ The present case might well be regarded as being at the least a borderline one, for the political nature of the background is unusually prominent. Yet the two main questions involved, namely whether the Mandate has been validly terminated or not and, if it has, what are the legal consequences for States, are in themselves questions of law. The doubt arises from the way in which the request is framed, suggesting that the Court is to answer the second question only, and postulating the first as already settled. It is above all this which imparts a political twist to the whole Request.

¹⁰ There would naturally have been no objection to the appointment also of one judge *ad hoc* to represent the common interest of what was in effect "the other side",—and see further notes 14 and 15 below.

ainsi que la Cour l'a également signalé dans cette affaire, faisant écho à une opinion analogue exprimée dans une affaire précédente⁸, cela ne suffit pas à donner un caractère politique à la *question* posée à la Cour, et c'est cela qui importe. Il semblerait donc que, pour qu'il soit justifié de refuser de répondre à une question, il faudrait que les antécédents politiques de cette question pèsent d'un poids tel que la question revête elle-même un caractère politique. Bien que, dans la présente affaire, on puisse se demander si ce n'est pas un peu le cas⁹, les questions proprement dites conservent un caractère juridique.

4. *La question de la nomination d'un juge ad hoc sud-africain*

a) *Les dispositions applicables du Statut et du Règlement*

17. La requête par laquelle l'Afrique du Sud demandait à être autorisée à désigner un juge *ad hoc* dans la présente affaire a été rejetée par la Cour, par l'ordonnance du 29 janvier 1971, à laquelle mes collègues MM. Gros, Petréon, ainsi que moi-même avons joint une déclaration commune dissidente où nous nous réservions le droit de donner les raisons de notre attitude à un stade ultérieur. A mon avis ce rejet était mal fondé en droit et injustifié en équité et en simple justice — car il était évident, et la Cour ne pouvait le contester, que l'Afrique du Sud avait en cette affaire un intérêt direct, distinct et concret à protéger, qui était tout différent par sa nature de l'intérêt général et commun des autres Etats comme Membres des Nations Unies. En bref, l'Afrique du Sud avait et était seule à avoir en l'espèce le type d'intérêt que possède un défendeur dans une action contentieuse et elle aurait dû par conséquent se voir reconnaître le droit de toute partie en cause devant la Cour : celui de nommer un juge *ad hoc* pour siéger en l'affaire, conformément à l'article 31 du Statut, s'il n'y a déjà parmi les juges titulaires un juge de sa nationalité¹⁰.

18. Le refus de la Cour a pris un relief particulier du fait du rejet

⁸ Voir par exemple l'affaire des *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies* (C.I.J. Recueil 1947-1948, p. 61).

⁹ La présente affaire pourrait bien être considérée comme se situant au moins à la limite, car les arrière-plans politiques y sont particulièrement visibles. Pourtant les deux principales questions en jeu, celles de savoir s'il a été valablement mis fin au Mandat et, dans l'affirmative, quelles sont les conséquences juridiques pour les Etats, sont en elles-mêmes des questions de droit. Le doute tient à la façon dont la requête est formulée, car elle donnerait à penser que la Cour ne doit répondre qu'à la deuxième question, la première étant présumée réglée. C'est surtout cet aspect qui donne à l'ensemble de la requête une coloration politique.

¹⁰ Bien entendu il n'y aurait pas eu d'objection à ce que soit désigné également un juge *ad hoc* pour représenter ce qu'il faut considérer en pratique comme les autres parties faisant cause commune — voir également les notes 14 et 15 ci-après.

by the almost simultaneous rejection, in the three Orders of the Court dated 26 January 1971, of the South African challenge concerning the propriety of three regular judges of the Court sitting in the case,—a matter on which, as to the third of these Orders, I wish to associate myself with the views expressed in the early part of his dissenting opinion in the present case by my colleague Judge Gros. In the light of the explanations as to this, given in the Opinion of the Court, it has now to be concluded that, outside the literal terms of Article 17, paragraph 2, of the Statute, no previous connexion with the subject-matter of a case, however close, can prevent a judge from sitting, unless he himself elects as a matter of conscience not to do so.

* * *

19. On the question of a judge *ad hoc*, the immediately relevant provision is Article 83 of the Court's Rules, which reads as follows:

“If the advisory opinion is requested upon a legal question actually pending between two or more States, Article 31 of the Statute shall apply, as also the provisions of these Rules concerning the application of that Article.”

If this provision was the only relevant one, it would be a reasonable inference from it that a judge *ad hoc* could not be allowed unless the case had the character specified. In the present one it was obvious that a legal question was involved,—or the Court would have lacked all power to comply with the Request for an advisory opinion (see Article 96, paragraph 1, of the United Nations Charter and Article 65, paragraph 1, of the Court's Statute). But could it be said to be a question “actually pending between two or more States”? I shall give my reasons later on for thinking that it was of this kind. But for the purposes of my principal ground for holding that the South African request should have been allowed, it is not strictly necessary for me to determine whether the legal questions concerned were “pending”; and if pending, “actually pending”; and if actually pending, then actually pending “between two or more States”, and if so which ones, etc., etc.;—for in my view the matter is not exclusively governed by the provisions of Article 83 of the Rules, which I consider do not exhaust the Court's power to allow the appointment of a judge *ad hoc*.

* * *

20. The contrary view is based on a misreading of the true intention and effect of Rule 83 when considered in relation to Article 68 of the Statute which reads as follows:

presque simultanément, dans les trois ordonnances en date du 26 janvier 1971, des objections soulevées par l'Afrique du Sud quant à la régularité de la participation de trois juges titulaires à la présente affaire — et c'est un sujet sur lequel, s'agissant de la troisième de ces ordonnances, je tiens à m'associer aux vues exprimées par mon collègue M. Gros au début de son opinion dissidente. Il faut conclure des explications données à ce sujet dans l'avis de la Cour que, désormais, en dehors des termes littéraux de l'article 17, paragraphe 2, du Statut, le fait d'avoir été mêlé, même de très près, à ce qui constitue l'objet d'une affaire, ne peut empêcher un juge de siéger dans cette affaire à moins que sa conscience le pousse à se déporter de lui-même.

* * *

19. Sur la question des juges *ad hoc*, la disposition directement pertinente est l'article 83 du Règlement de la Cour, qui est ainsi libellé :

« Si l'avis consultatif est demandé au sujet d'une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats, l'article 31 du Statut est applicable, ainsi que les dispositions du présent Règlement qui pourvoient à l'application de cet article. »

Si cette disposition était la seule applicable, il serait raisonnable d'en déduire qu'un juge *ad hoc* ne peut être autorisé que si l'affaire est du type visé. En l'espèce, il est évident qu'une question juridique était en jeu, sinon rien n'aurait permis à la Cour de donner suite à la requête pour avis consultatif (voir art. 96, par. 1, de la Charte des Nations Unies et art. 65, par. 1, du Statut de la Cour). Mais pouvait-on y voir une question « actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats » ? J'exposerai plus loin les raisons que j'ai de répondre par l'affirmative. Cependant, pour les besoins de mon principal argument en faveur de l'idée qu'il aurait fallu donner suite à la demande de l'Afrique du Sud, il ne m'est pas nécessaire, à proprement parler, de déterminer si les questions juridiques en cause étaient « pendantes » et, dans l'affirmative, si elles l'étaient « actuellement » ; si, l'étant « actuellement », elles l'étaient « entre deux ou plusieurs Etats » et, dans ce cas, lesquels, et ainsi de suite ; car, selon moi, le problème n'est pas régi exclusivement par les dispositions de l'article 83 du Règlement, qui, à mon avis, n'épuise pas la question du pouvoir que possède la Cour d'autoriser la désignation d'un juge *ad hoc*.

* * *

20. Il me semble que la thèse contraire repose sur une mauvaise interprétation de l'intention et des effets véritables de l'article 83 considéré conjointement avec l'article 68 du Statut suivant lequel :

“In the exercise of its advisory functions, the Court shall . . . ¹¹ be guided by the provisions of the present statute which apply in contentious cases to the extent to which it recognizes them to be applicable.”

This provision of course covers Article 31 of the Statute, and hence confers on the Court a general power to apply that Article by allowing the appointment of a judge *ad hoc* if requested. Furthermore, the provisions of the Rules are subordinated to those of the Statute. The Court has no power to make Rules that conflict with its Statute: hence any rule that did so conflict would be *pro tanto* invalid, and the Statute would prevail.

21. However, I can see no conflict between Rule 83 and Article 68 of the Statute. They deal with different aspects of the matter. The *latter* (Article 68), despite its quasi-mandatory form, confers what is in effect a power or discretion on the Court to assimilate requests for advisory opinions to contentious cases, either in whole or in part. Rule 83 on the other hand contains what amounts to a direction by the Court to itself as to how it is to exercise this discretion in certain specified circumstances. If those circumstances are found to obtain, then the Rule obliges the Court to allow the appointment of a judge *ad hoc*. But this in no way means, nor was ever intended to mean, that by making Rule 83 the Court parted with the residual discretion it has under Article 68 of the Statute, and that in *no other* circumstances than those specified in Rule 83 could the Court allow such an appointment. The object of the Rule was *not* to specify the only class of case in which the Court could so act, but to indicate the *one* class in which it *must* do so, and to ensure that, at least in the type of case contemplated in the Rule, the Court's discretion should be exercised in a positive way, in the sense of applying Article 31 of the Statute. This was entirely without prejudice to the possibility that there might be other cases than those indicated in the Rule, as to which the Court might feel that, though not *obliged* to apply Article 31, it ought nevertheless for one reason or another to do so. This view is borne out by the language of Article 82, paragraph 1, of the Rules, which relates to the application in advisory proceedings of *any* of the contentious procedure provisions, not merely those of Article 31. After recapitulating the general language of Article 68, it goes on to say that “for this purpose” (i.e., in order to determine the sphere of application—if any—of the contentious procedure), the Court is “above all” to consider “whether the request . . . relates to a legal question actually pending between two or

¹¹ The omitted word is “further”, which is quite otiose in the context since there is no other paragraph, or article of the Statute dealing with the matter to which this one could be “further”.

« Dans l'exercice de ses attributions consultatives, la Cour s'inspirera ...¹¹ des dispositions du présent Statut qui s'appliquent en matière contentieuse dans la mesure où elle les reconnaîtra applicables ».

L'une de ces dispositions, bien entendu, est l'article 31 du Statut, de sorte que l'article 68 du Règlement confère à la Cour le pouvoir général d'appliquer ledit article et d'autoriser la désignation d'un juge *ad hoc* si une demande est présentée à cet effet. De plus, les dispositions du Règlement sont subordonnées à celles du Statut. La Cour ne pouvant adopter un Règlement incompatible avec son Statut, toute règle de procédure contraire au Statut serait, par le fait même, dépourvue de validité et le Statut prévaudrait.

21. Je ne vois pas pour ma part qu'il y ait contradiction entre l'article 83 du Règlement de la Cour et l'article 68 de son Statut. Ces deux textes traitent d'aspects différents. Le deuxième (l'article 68 du Statut) malgré une formulation presque impérative, donne en fait à la Cour une sorte de pouvoir discrétionnaire lui permettant d'assimiler, en tout ou en partie, les procédures consultatives à des affaires contentieuses. L'article 83 du Règlement, lui, contient une sorte de directive que la Cour se donne à elle-même quant à la manière dont elle doit exercer ce pouvoir discrétionnaire dans certaines circonstances bien définies. En vertu du Règlement, la Cour doit autoriser la désignation d'un juge *ad hoc* si elle constate que ces circonstances sont réunies. Mais ce n'est nullement à dire et, en rédigeant l'article 83, la Cour n'a jamais voulu dire qu'elle renonçait au pouvoir discrétionnaire résiduel qu'elle tient de l'article 68 du Statut et que, désormais, elle ne pouvait plus autoriser la désignation d'un juge *ad hoc* en dehors des circonstances prévues à l'article 83 de son Règlement. Cet article ne vise *pas* à spécifier la seule catégorie d'affaire dans laquelle la Cour peut agir ainsi; son objet est d'indiquer *un* type d'affaire dans lequel elle *doit* agir ainsi et de faire en sorte que, là au moins, la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire d'une façon positive, en ce sens qu'elle applique l'article 31 du Statut. Cela n'empêche aucunement qu'il puisse y avoir d'autres affaires que les affaires visées à l'article 83 du Règlement, dans lesquelles la Cour, sans être *obligée* d'appliquer l'article 31 du Statut, pourrait estimer pour une raison quelconque qu'elle doit néanmoins appliquer cet article. Cette manière de voir est confirmée par l'article 82, paragraphe 1, du Règlement qui concerne l'application aux procédures consultatives de toutes les dispositions relatives à la procédure contentieuse et non pas seulement de l'article 31. Après avoir reproduit, d'une manière générale, les termes de l'article 68 du Statut, l'article 82 ajoute qu'« à cet effet » (c'est-à-dire pour déterminer le domaine d'application

¹¹ L'expression omise est « en outre », qui est sans aucun objet dans ce contexte, car on chercherait vainement dans le Statut un autre paragraphe ou un autre article traitant de ce sujet que l'article 68 compléterait.

more States". This wording clearly makes the test of legal pendency a primary, but equally clearly not a conclusive factor.

* * *

22. It has been contended that although the foregoing description of the relationship between the various provisions concerned might otherwise be correct, it must nevertheless break down on the actual wording of Article 31 itself, particularly its second and third paragraphs which, it has been claimed, not only clearly contemplate the case of "parties" to an actual litigation but are virtually incapable of functioning in any other circumstances, so that at the very least the requirements of Rule 83 constitute a minimum and *sine qua non*, in the absence of which no application of Article 31 is possible. I have difficulty in following the logic of this view which, if it were correct, would go far in practice to clawing back almost everything supposed to have been conferred by Rule 83, and rendering that provision a piece of useless verbiage,—for even where the case is indubitably one of a legal question actually pending between two or more States, it would be rare in advisory proceedings to find a situation such that Article 31 could be applied to it integrally as that provision stands, and without gloss or adaptation. It is in fact manifest that the provisions of the Statute and Rules concerning contentious cases were quite naturally and inevitably drafted with litigations and parties to litigations in mind. Hence these provisions are bound to be—as they are—full of passages and expressions that are not literally applicable to cases where there is no actual litigation and no parties technically in the posture of litigants,—in short to the vast majority of the cases in which there are advisory proceedings. Consequently the power given to the Court by Article 68 of the Statute to be guided by the contentious procedure would be largely nullified in practice unless it were deemed to include a power to adapt and tailor this procedure to the advisory situation. The very words "shall be guided by" indicate that such a process is contemplated.

23. In the present case in particular, no difficulty could have arisen, for the sufficient reason that, apart from South Africa, no other State presenting written or oral statements asked to be allowed to appoint a judge *ad hoc*, although they in fact had the opportunity of doing so¹²,—and moreover representatives of four such States actually attended

¹² The Court does not normally invite the appointment of a judge *ad hoc*. The matter is entirely facultative, and there have been cases where, even in a litigation, and although neither or none of the parties had a judge of its nationality on the Court, no designation of a judge *ad hoc* has been made.

éventuel de la procédure contentieuse), la Cour recherche « avant tout » « si la demande ... a trait ou non à une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats ». Bien évidemment cette rédaction fait de la notion de question juridique pendante le critère principal mais non pas, c'est tout aussi évident, un critère décisif en lui-même.

* * *

22. On a soutenu que, bien que cette analyse des rapports entre les diverses dispositions applicables puisse être à d'autres égards correcte, elle achoppe nécessairement sur les termes de l'article 31 lui-même, et particulièrement sur ses deuxième et troisième paragraphes qui, a-t-on prétendu, non seulement visent à l'évidence le cas de « parties » à un procès en cours, mais encore sont virtuellement inopérants en toute autre circonstance, si bien qu'à tout prendre les exigences de l'article 83 constituent un minimum et un *sine qua non* en l'absence duquel aucune application de l'article 31 n'est possible. J'ai quelque difficulté à suivre la logique de ce raisonnement mais, s'il était fondé, il irait assez loin, en pratique, dans la voie qui consisterait à reprendre presque tout ce que l'article 83 du Règlement est censé accorder, de sorte que ses dispositions seraient parfaitement vides de sens — car même si l'affaire concerne, sans doute possible, une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats, il est rare, en matière consultative, de rencontrer une situation telle que l'article 31 puisse s'appliquer intégralement, sans glose ni adaptation. De fait, il est manifeste que les dispositions du Statut et du Règlement qui concernent les affaires contentieuses sont tout naturellement et inévitablement rédigées dans la perspective d'un litige et de parties à un litige. Il suit de là que ces dispositions ne peuvent manquer d'être — et sont en fait — truffées de passages et d'expressions qui ne sont pas littéralement applicables aux affaires dans lesquelles il n'y a ni vrai litige ni partie se trouvant techniquement dans la situation d'un plaideur — en bref à la vaste majorité des affaires consultatives. Aussi le pouvoir que l'article 68 du Statut donne à la Cour de s'inspirer de la procédure contentieuse serait-il réduit quasiment à rien dans la pratique, s'il n'était réputé inclure celui d'y apporter les retouches et adaptations nécessaires en matière consultative. Les mots « s'inspirera », en eux-mêmes, montrent bien qu'on a envisagé qu'il en serait ainsi.

23. Dans la présente espèce en particulier, aucune difficulté n'aurait pu surgir, pour cette raison suffisante que, en dehors de l'Afrique du Sud, aucun des autres Etats ayant présenté des exposés écrits ou oraux n'a demandé la permission de désigner un juge *ad hoc*, et cela bien qu'ils aient eu la possibilité de le faire¹²; de plus les représentants de quatre de

¹² La Cour, normalement, ne fait rien pour provoquer la désignation d'un juge *ad hoc*. La matière est purement facultative et il y a eu des affaires, même contentieuses, où aucun juge *ad hoc* n'a été désigné, bien que l'une des parties ou les deux parties n'aient pas eu de juge de leur nationalité sur le siège.

the separate and preliminary oral hearing held (*in camera*¹³) on this matter, but none of them intervened either to oppose the application or to make a similar one. Had any two or more such applications been received, in addition to South Africa's, the Court would have had to consider, under Article 3, paragraph 2, of its Rules, whether the States concerned, or any group of them, not already comprising between them a judge of the nationality of one of them amongst the regular judges of the Court, were "in the same interest"¹⁴, in which event only one *ad hoc* judge *per* such group could have been allowed¹⁵.

24. Reference is made in the Opinion of the Court to the Permanent Court's Order of 31 October 1935 in the *Danzig Legislative Decrees* case (Annex 1 to *Series A/B, No. 65*, at pp. 69-71). That case however has no relevance to the present one; for in 1935 no provision corresponding to what is now Article 68 of the Statute figured in the Statute as it then stood. The latter, in fact, contained no provisions at all about the advisory jurisdiction, which rested entirely on Article 14 of the Covenant of the League and the Court's own Rules. It was therefore inevitable that the Court should feel it had no discretion as to the appointment of a judge *ad hoc* unless the matter fell strictly within the terms of those Rules. Hence the *Legislative Decrees* case constitutes no precedent, either for the view that the Court lacks a discretion *now*, or for a refusal to exercise that discretion (which the Permanent Court, not then having one, could not in any event have exercised). The situation being in consequence quite different, it becomes evident that if, under Article 68, of the Statute—which takes precedence of the Rules, there is (as is unquestionably the case) a discretion to "be guided by the provisions of the . . . Statute which apply in contentious cases" (including therefore Article 31) there must be a discretion to allow the appointment of a judge *ad hoc*—one of the most important parts of the contentious process. No (manifestly non-existent) doctrine of the Court's inability to regulate its own composition could operate to prevent this.

* * *

¹³ See Article 46 of the Statute. The hearing takes place before the full Court and in the main Court-room as if for a public sitting, but press and public are excluded. The decision to sit in private despite South Africa's strong representations to the contrary, was in my view mistaken and unwise (as was indeed subsequently impliedly admitted by the decision to publish the verbatim record of the sitting).

¹⁴ Which, in advisory proceedings could be read as meaning the adoption of broadly the same view on the main legal questions involved. Any State asking to appoint a judge *ad hoc*, which had signified its intention to take part in the oral proceedings, but had not previously presented any written statement, could have been requested to furnish a brief indication of its principal views or contentions.

¹⁵ In the present proceedings all the States which intervened, either at the written or the oral stage of the proceedings (apart from South Africa), could be said to be in the same (legal) interest, except France,—but there was already a French judge among the regular judges of the Court.

ces Etats ont effectivement assisté à l'audience préliminaire (à huis clos¹³) qui a porté sur ce sujet, mais aucun n'est intervenu pour s'opposer à la requête ou pour présenter une requête analogue. Si elle avait été saisie de deux ou plusieurs requêtes semblables, en plus de celle de l'Afrique du Sud, la Cour aurait eu à rechercher, en vertu de l'article 3, paragraphe 2, de son Règlement, si les Etats intéressés, ou tel ou tel groupement de ces Etats, ne comptant pas de juge de leur nationalité parmi les juges titulaires, faisaient ou non « cause commune »¹⁴, auquel cas elle n'aurait pu autoriser qu'un seul juge par groupe d'Etats¹⁵.

24. L'avis de la Cour se réfère à l'ordonnance de la Cour permanente rendue le 31 octobre 1935 en l'affaire de la *Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la Ville libre (C.P.J.I. série A/B n° 65, ann. 1, p. 69-71)*. Or cette affaire n'offre aucune pertinence au regard de la présente espèce; en effet, en 1935, aucune disposition correspondant à l'actuel article 68 du Statut ne figurait dans le Statut en vigueur. En fait, celui-ci ne contenait aucune disposition relative à la compétence consultative, qui reposait entièrement sur l'article 14 du Pacte de la Société des Nations et le Règlement de la Cour. Il était donc inévitable que la Cour estimât n'avoir aucun pouvoir discrétionnaire quant à la désignation d'un juge *ad hoc*, sauf si la question relevait strictement des termes du Règlement. C'est pourquoi l'affaire concernant la *Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois* ne constitue un précédent ni à l'appui de la thèse selon laquelle la Cour n'a plus *maintenant* de pouvoir discrétionnaire ni à l'appui du refus d'exercer ce pouvoir (que la Cour permanente, elle, ne pouvait pas exercer de toute manière puisqu'elle ne le possédait pas). La situation étant par suite très différente, il est évident que si, en vertu de l'article 68 du Statut — qui l'emporte sur le Règlement — la Cour peut (ce qui ne fait aucun doute) s'inspirer « des dispositions du ... Statut qui s'appliquent en matière contentieuse » (y compris donc de l'article 31), elle a forcément le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la désignation d'un juge *ad hoc*, puisque c'est un des éléments les plus importants de la procédure contentieuse.

* * *

¹³ Voir l'article 46 du Statut. Le débat se déroule devant la Cour siégeant au complet et dans la grande salle de justice comme s'il s'agissait d'une audience publique mais ni la presse ni le public ne sont admis. La décision de siéger à huis clos malgré les instances pressantes de l'Afrique du Sud a été selon moi erronée et malavisée (ainsi que la Cour l'a implicitement admis par la suite en décidant de publier le compte rendu *in extenso* de la séance).

¹⁴ Ce qui, en matière consultative, peut être compris comme signifiant que les intérêts ont des positions plus ou moins identiques sur les principales questions juridiques en cause. Tout Etat demandant la désignation d'un juge *ad hoc* qui aurait fait connaître son intention de participer à la procédure orale mais n'aurait pas présenté préalablement d'exposé écrit aurait pu être prié de fournir de brèves indications sur ses thèses principales.

¹⁵ En l'espèce, tous les Etats qui sont intervenus dans la phase écrite ou dans la phase orale (en dehors de l'Afrique du Sud) pourraient être considérés comme faisant cause commune, à l'exception de la France, mais il y a déjà un juge français parmi les juges titulaires de la Cour.

25. In the light of these various considerations, it is clear that the Court in no way lacked the power to grant the South African request, but was simply unwilling to do so. In this I think the Court was not justified, particularly in view of the fact that the request was unopposed which, to my mind, indicated a tacit recognition by the other intervening States of the contentious features of the case. The present proceedings, though advisory in form, had all the characteristics of a contentious case as to the substance of the issues involved¹⁶, no less than had the actual litigation between South Africa and certain other States which terminated five years ago, and of which these advisory proceedings have been but a continuation in a different form. Even if, therefore, the Court did not consider the matter to come under Article 83 of its Rules, in such a way as to *oblige* it to allow a judge *ad hoc* to be appointed, it should have exercised its residual discretionary powers to the same effect.

(b) *The existence of a dispute or legal question
pending between States*

26. The above expression of view has proceeded upon the assumption that, in order to determine whether the Court *could* grant the South African request, and should do so, it was unnecessary to decide whether the case fell within the strict terms of Rule 83. In fact, however, I consider that it does, and that any other conclusion is unrealistic and can only be reached by a closing of the eyes to the true position. It really involves something that gets very near to equating the words “a legal question actually pending between two or more States” in Rule 83, with circumstances in which two or more States are in a condition of actual or immediately impending litigation. But, as I have already pointed out, such an interpretation would virtually nullify the intended effect of Rule 83 by restricting its scope to situations that seldom take that precise form in advisory proceedings.

27. The nub of the whole difficulty lies in the word “pending”; but if this is taken on its normal dictionary acceptance¹⁷ of “remaining undecided” or “not yet decided”, and “not terminated” or “remaining unsettled”,—or in short “still outstanding”,—then it is evident that there is a whole series of legal questions in issue (or in dispute) between South Africa on the one hand and a number of other States, and that these questions are, in this sense, outstanding and unresolved, inasmuch as the view held on one side as to their correct solution differs *in toto*

¹⁶ In consequence of which the Court found itself obliged in practice, and in a manner virtually unprecedented in previous advisory proceedings, to conduct the oral hearing as if a litigation were in progress.

¹⁷ As given in up-to-date publications such as *Chambers Twentieth Century Dictionary* and the *New Penguin English Dictionary*.

25. A la lumière de ces diverses considérations, il apparaît que la Cour n'était nullement démunie du pouvoir d'acquiescer à la requête de l'Afrique du Sud mais que, tout simplement, elle n'était pas disposée à le faire. Sur ce point, je pense que la Cour a été dans l'erreur, d'autant que la requête n'avait suscité aucune opposition ce qui, pour moi, montre que les autres Etats participants reconnaissaient tacitement l'aspect contentieux de l'affaire. La procédure, bien que consultative sur le plan formel, a présenté toutes les caractéristiques d'un procès quant au fond des problèmes débattus¹⁶, à l'égal de l'affaire contentieuse entre l'Afrique du Sud et certains autres Etats qui a pris fin il y a cinq ans et dont la présente instance consultative n'est que la continuation sous une forme différente. Aussi, même si la Cour ne considérait pas que l'affaire relevait de l'article 83 de son Règlement, de façon à l'obliger de permettre la désignation d'un juge *ad hoc*, elle aurait dû exercer, pour aboutir au même résultat, son pouvoir discrétionnaire résiduel.

b) *L'existence d'un différend ou d'une question juridique pendante entre Etats*

26. Les vues qui précèdent reposent sur l'hypothèse que, pour déterminer si la Cour *pouvait* et devait faire droit à la requête de l'Afrique du Sud, il était inutile de décider si l'affaire relevait strictement des termes de l'article 83 du Règlement. Pour ma part, je considère que c'est le cas et que toute autre conclusion manquerait de réalisme et équivaudrait à refuser délibérément de voir la situation comme elle est. En effet, elle reviendrait presque à assimiler la situation décrite par les mots « une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats » qui figurent à l'article 83, à celle de deux ou plusieurs Etats s'opposant dans un procès déjà entamé ou sur le point de l'être. J'ai déjà dit que cette interprétation réduirait pratiquement à néant l'effet qu'on a voulu donner à l'article 83, en limitant sa portée à des situations qui se présentent rarement sous cette forme précise en matière consultative.

27. Le nœud du problème réside dans le mot « pendante »; mais si l'on prend ce terme dans l'acception normale qu'en donnent les dictionnaires¹⁷, à savoir « non encore décidé » (*remaining undecided* ou *not yet decided*), et « non terminé » ou « non encore tranché » (*not terminated, remaining unsettled*), bref « en souffrance », il est évident qu'il existe toute une série de questions juridiques en jeu ou en contestation entre l'Afrique du Sud d'une part et plusieurs autres Etats d'autre part, et qu'en ce sens ces questions sont en souffrance et non résolues, dans la mesure où l'opinion

¹⁶ En conséquence de quoi la Cour s'est trouvée obligée en pratique, et d'une manière virtuellement sans précédent en matière consultative, de laisser se dérouler la procédure orale comme si un procès était en cours.

¹⁷ Définitions données, pour l'anglais, dans des éditions récentes du *Chambers Twentieth Century Dictionary* et du nouveau *Penguin English Dictionary*.

from that taken on the other. Would it be possible for instance to find a more concrete and fundamental issue of this kind than one which turns on whether the Mandate for SW. Africa has been legally terminated or is still in existence; whether South Africa is *functus officio* in SW. Africa or is still entitled to administer that territory, and whether South Africa's continued presence there is an illegal usurpation or is in the legitimate exercise of a constitutional authority? It would surely be difficult to think of a more sharply controversial situation than one in which, depending on the answers to be given to these questions, South Africa is on the one side being called upon to quit the territory, while she herself asserts her right to remain there,—in which it is maintained on the one side that the whole matter has been settled by the General Assembly resolution 2145 of 1966, and on the other that this resolution was *ultra vires* and devoid of legal effect,—and therefore settled nothing. The case in fact falls exactly within the definition of a dispute which, following my former colleague Judge Morelli, I gave in my separate opinion in the *Northern Cameroons* case (*I.C.J. Reports 1963*, at p. 109), when I said that the essential requirement was that:

“... the one party [or parties] should be making, or should have made, a complaint, claim or protest about an act, omission or course of conduct, present or past of the other party, which the latter refutes, rejects or denies the validity of, either expressly, or else implicitly by persisting in the acts, omissions or conduct complained of, or by failing to take the action, or make the reparation, demanded”.

If this does not describe the situation as it has long existed, and now exists, between the United Nations or many of its member States, and South Africa, I do not know what does.

* * *

28. Nevertheless it may be suggested that these issues, concrete and unresolved as they are, and hence, in the natural and ordinary sense, “pending” and “actually pending”, are not, within the primarily intended meaning of the words, pending “between two or more States”, because they lie too much at large between South Africa and either the United Nations as an entity, or a group of its Members rather than as individual States. In other circumstances there might be a good deal to be said in favour of this view. But the Assembly resolution purporting to terminate the Mandate has led to a situation in which, as it was one of its objects, this resolution is being made the basis of *individual* action taken outside the United Nations by a number of States in their relations with South

qu'une partie se fait de la manière correcte de les résoudre diffère totalement de celle des autres parties. Peut-on concevoir en la matière questions plus concrètes et plus fondamentales que celles qui consistent par exemple à déterminer s'il a été mis fin légalement au Mandat pour l'Afrique du Sud ou si ce mandat existe encore, si l'Afrique du Sud est déchu de ses fonctions dans le Sud-Ouest africain ou si elle a encore quelque titre à administrer ce territoire, et si le fait qu'elle y maintient sa présence constitue une usurpation illégale ou bien l'exercice légitime d'une autorité constitutionnelle? Quelle situation pourrait être plus radicalement litigieuse que celle où, suivant les réponses données à ces questions, l'Afrique du Sud est invitée à quitter le territoire alors qu'elle-même affirme son droit d'y rester, où l'on soutient d'un côté que la résolution 2145 (1966) de l'Assemblée générale a réglé le problème, de l'autre que cette résolution constituait un abus de pouvoir, qu'elle est dépourvue d'effet juridique et par conséquent qu'elle n'a rien résolu? En fait, l'affaire répond exactement à la définition du différend que, suivant l'exemple de mon ancien collègue M. Morelli, j'ai donnée dans mon opinion individuelle en l'affaire du *Cameroun septentrional* (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 109), où j'ai dit que la condition essentielle était que :

« l'une des Parties [ou les parties] formule ou ait formulé, à propos d'une action, d'une omission ou d'un comportement présentés ou passés de l'autre Partie, un grief, une prétention ou une protestation que ladite Partie conteste, rejette ou dont elle dénie la validité, soit expressément, soit implicitement en persistant dans l'action, l'omission ou le comportement incriminés, ou bien en ne prenant pas la mesure demandée, ou encore en n'accordant pas la réparation souhaitée ».

Si cette définition ne décrit pas la situation qui existe depuis longtemps entre l'Organisation des Nations Unies, ou nombre de ses Etats Membres, et l'Afrique du Sud, je ne vois pas ce qui pourrait le faire.

* * *

28. On dira peut-être que ces problèmes, bien que concrets et non résolus et, par conséquent, « pendants » et « actuellement pendants », au sens naturel et ordinaire, ne sont pas, au sens premier qu'on a voulu donner à ces mots, pendants « entre deux ou plusieurs Etats », parce qu'ils se posent d'une façon trop générale entre l'Afrique du Sud d'une part, et d'autre part l'Organisation des Nations Unies en tant qu'entité ou un groupe de ses Membres, et non pas des Etats pris individuellement. En d'autres circonstances les arguments en faveur de cette manière de voir ne manqueraient peut-être pas. Mais la résolution par laquelle l'Assemblée générale a entendu mettre fin au Mandat a entraîné, et c'était d'ailleurs bien l'un de ses buts, une situation dans laquelle plu-

Africa over SW. Africa, as described in some detail by Counsel for South Africa at the preliminary oral hearing held on 27 January 1971¹⁸.

29. One example must (but will) suffice—namely the situation which has arisen over the application to South West Africa of the 1965 Montreux International Telecommunication Convention. When becoming a party to this Convention, South Africa gave notice in proper form applying it to SW. Africa also. Thereupon a number of States¹⁹ addressed official communications to the Secretariat of the International Telecommunication Union, which were all to the same effect, namely that *precisely by reason of Assembly resolution 2145* purporting to terminate the Mandate, South Africa no longer had the right to administer or speak for SW. Africa, and that, in consequence, the application of the Convention to that territory was invalid and of no effect. The Administrative Council of the Union then, in May 1967, circularized the member States with a request for their views on the matter, which was put to them in the form whether South Africa's right to represent SW. Africa "should be withdrawn". To this South Africa, on 23 May 1967, sent a full and reasoned reply affirming its continuing right to represent SW. Africa. Nevertheless at the next session of the Union a majority voted in favour of the "withdrawal". There now in consequence exists a clear-cut and concrete dispute, not only between South Africa and a majority of the members of the Union as such, but also individually between South Africa and those specific members who initiated and raised the issue in the first place. The subject-matter of this dispute is whether or not the 1965 Convention is or is not applicable to SW. Africa;—and this dispute, or legal question (to use the language of Rule 83), not only is actually pending between South Africa and those States, and continues so to be, *but also constituted one of the alleged possible "legal consequences" of the purported termination of the Mandate which the Court might have to consider in the present proceedings.*

* * *

30. For these reasons, were it necessary to hold (as in my view it is not) that the Court had no residual power outside Rule 83 to allow the appointment of a South African judge *ad hoc*, I should take the view

¹⁸ Typescript of verbatim record, C.R. (H.C.) 71/1 (Rev.), pp. 19-28.

¹⁹ These were, in the order named in the record (see preceding note), the Federal Republic of Cameroon, Yugoslavia, Tanzania, United Arab Republic, Soviet Union, Ukrainian S.S.R., Byelorussian S.S.R. and Poland.

sieurs Etats, s'appuyant précisément sur cette résolution, ont pris des mesures *individuelles* en dehors de l'Organisation des Nations Unies dans leurs relations avec l'Afrique du Sud pour ce qui concerne le Sud-Ouest africain — l'on trouve des détails à ce sujet dans l'exposé fait par le conseil de l'Afrique du Sud à l'audience préliminaire du 27 janvier 1971¹⁸.

29. Il devrait suffire — et il suffira — de donner ici un seul exemple, celui du problème de l'application au Sud-Ouest africain de la convention internationale des télécommunications de Montreux (1965). Lorsqu'elle a adhéré à cette convention, l'Afrique du Sud en a donné notification en bonne et due forme, par écrit, et a fait savoir que la convention s'appliquerait aussi au Sud-Ouest africain. A la suite de quoi plusieurs Etats¹⁹ ont adressé au secrétariat de l'UIT des communications officielles qui allaient toutes dans le même sens, à savoir que *précisément en raison de la résolution 2145 de l'Assemblée générale*, qui était censée mettre fin au Mandat, l'Afrique du Sud n'avait plus le droit d'administrer le Sud-Ouest africain ni de parler en son nom, et qu'en conséquence l'application de la convention à ce territoire était sans valeur et sans effet. En mai 1967, le conseil d'administration de l'UIT envoyait aux Etats membres une circulaire sollicitant leur avis sur la question, et leur demandait s'il fallait retirer à l'Afrique du Sud le droit de représenter le Sud-Ouest africain. Le 23 mai 1967, l'Afrique du Sud a envoyé une réponse détaillée et circonstanciée affirmant le maintien de son droit de représenter le Sud-Ouest africain. Néanmoins, à la session suivante de l'UIT, la majorité s'est prononcée pour le « retrait ». Voilà donc un différend évident et concret, non seulement entre l'Afrique du Sud et la majorité des membres de l'UIT en tant que tels, mais aussi individuellement entre l'Afrique du Sud et ceux des membres qui ont pris l'initiative de soulever le problème. L'objet de ce différend est de savoir si la convention de 1965 est ou n'est pas applicable au Sud-Ouest africain; or ce différend, ou question juridique, pour reprendre les termes de l'article 83 du Règlement de la Cour, non seulement est actuellement pendant entre l'Afrique du Sud et ces Etats, et continuera à l'être, *mais il constitue une des « conséquences juridiques » possibles de la prétendue extinction du Mandat que la Cour pourrait avoir à examiner dans la présente affaire.*

* * *

30. Pour toutes ces raisons, s'il était nécessaire de démontrer, ce qui a mon avis ne l'est pas, que la Cour n'a besoin d'aucun pouvoir résiduel en dehors de ceux que lui confère l'article 83 du Règlement pour autoriser

¹⁸ C.R. (H.C.) (Rev.), p. 19 à 28.

¹⁹ Ces Etats sont les suivants, dans l'ordre de leur énumération au compte rendu (voir la note précédente): République fédérale du Cameroun, Yougoslavie, Tanzanie, République arabe unie, Union soviétique, R.S.S. d'Ukraine, R.S.S. de Biélorussie et Pologne.

that the conditions specified in the Rule were fully satisfied and that it was applicable so as to oblige the Court to grant the request, as justice and equity in any event called for, in the exercise of its undoubted discretionary power. In fact, if ever there was a case for allowing the appointment of a judge *ad hoc* in advisory proceedings, that case was this one.

* * *

31. On the basis of the foregoing views two somewhat serious consequences would ensue. The first is that, in refusing to allow the appointment of a judge *ad hoc*, the Court in effect decided that the proceedings did not involve any dispute, and thus prejudged the substance of a number of issues raised by South Africa which turned on the existence or otherwise of a dispute,—although no argument had yet been heard on these issues, nor was until after the Order embodying the Court's decision on the matter had been issued. This created a situation in which, in most national legal systems, the case would, on appeal, have been sent back for a re-trial. Similarly the Court virtually precluded itself from going into any question of fact; for disputed issues of fact are difficult to deal with except on the basis of a contentious procedure involving recognition of the existence of a dispute. This again was in advance of having heard the South African argument on the question of the admission of further factual evidence,—although the Court was, from the start, under written notice of the South African view that such further evidence was relevant and important. These views are not affected by the fact that, as the Opinion of the Court correctly observes, a decision on the question of a judge *ad hoc*, being a matter of the composition of the Court, had to be taken in advance of everything else,—although this situation may well point to a somewhat serious flaw in the present Rules. It cannot however affect the fact that, having rejected the request for the appointment of a judge *ad hoc*—and *on the very ground* that there was no dispute or legal question pending (for if the Court had thought there was, Rule 83 would have obliged it to grant the request)—the Court was thenceforward precluded in practice, in connexion with anything arising later in the case, from coming to a different conclusion as to the existence of a dispute or legal question pending. Had the Court, without prejudging these matters, simply exercised its discretion in the sense of allowing the appointment (as in my view it should in any case have done), no difficulty would have arisen. But it should at least, and *at that stage*, have heard full argument on the question, in the course of ordinary public hearings.

32. Secondly, the failure to allow the appointment of a judge *ad hoc*, coupled with the views expressed by my colleague Judge Gros, which I share, concerning the third of the three Orders of the Court referred

la désignation d'un juge *ad hoc* sud-africain, je dirais que les conditions spécifiées dans cet article étaient pleinement remplies et que l'article était applicable, de sorte que la Cour aurait dû faire droit à la requête, comme d'ailleurs la justice et l'équité auraient dû l'inciter à le faire dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire incontesté. En vérité, s'il y a jamais eu une affaire consultative où il était justifié d'autoriser la désignation d'un juge *ad hoc*, c'est bien celle-ci.

* * *

31. Les considérations qui précèdent comportent deux conséquences assez graves. La première est qu'en refusant l'autorisation de désigner un juge *ad hoc*, la Cour a décidé en réalité que l'affaire n'impliquait aucun différend, préjugant ainsi le fond de plusieurs questions soulevées par l'Afrique du Sud et qui dépendaient de l'existence ou de l'inexistence d'un différend, alors qu'aucune argumentation n'avait encore été présentée sur ces points qui n'ont été débattus qu'après la publication de l'ordonnance par laquelle la Cour s'est prononcée. Il en est résulté une situation telle que, dans la plupart des systèmes juridiques nationaux, l'affaire serait, en appel, renvoyée pour un nouveau jugement. De même, la Cour s'est virtuellement interdit d'examiner toute question de fait; en effet, il est difficile d'aborder des points de fait litigieux hors du cadre d'une procédure contentieuse supposant que l'existence d'un différend a été reconnue. Là encore la Cour a agi avant d'avoir entendu l'Afrique du Sud au sujet de la présentation de nouvelles preuves sur les faits, bien que l'Afrique du Sud lui eût fait savoir par écrit, dès le début, que ce complément de preuve lui paraissait pertinent et important. La situation n'est modifiée en rien par le fait que, comme l'avis de la Cour le souligne à juste titre, la question du juge *ad hoc*, intéressant la composition de la Cour, doit être réglée avant toute chose — bien que cela indique peut-être un défaut grave du Règlement actuel. Il reste qu'ayant rejeté la demande de désignation d'un juge *ad hoc* — *précisément pour la raison* qu'il n'y avait ni différend ni question juridique pendante (car si la Cour avait pensé le contraire, l'article 83 du Règlement l'aurait obligée à consentir à la demande) — la Cour se voyait désormais empêchée en pratique, à propos de toute question ultérieure, d'en venir à une conclusion différente quant à l'existence d'un litige ou d'une question pendante. Si la Cour, sans rien préjuger, s'était bornée à exercer son pouvoir discrétionnaire en autorisant la désignation (comme elle aurait dû le faire de toute façon d'après moi), aucune difficulté ne se serait présentée par la suite. Mais elle aurait au moins dû, *à ce stade*, permettre que la question soit pleinement débattue au cours d'audiences publiques normales.

32. La deuxième conséquence est que, si l'on y ajoute ce que mon collègue M. Gros, dont je partage les vues, a fait observer à propos de la dernière des trois ordonnances de la Cour visées au paragraphe 18 de

to in paragraph 18 of this Annex, arouses in me a number of misgivings, as to which it will suffice here to say that I associate myself entirely with what is stated at the end of paragraph 17 of Judge Gros' Opinion.

(Initialed) G.F.

la présente annexe, le refus d'autoriser la désignation d'un juge *ad hoc* crée chez moi des inquiétudes à propos desquelles il me suffira de dire ici que je m'associe entièrement aux observations faites à la fin du paragraphe 17 de l'opinion dissidente de M. Gros.

(Paraphé) G. F.

SYNOPTICAL TABLE

MAIN SECTIONS

	<i>Paragraphs</i>
PART I: Introductory Considerations	1-10
PART II: Substance	11-123
SECTION A: Non-subrogation of the United Nations to the powers of the League of Nations in respect of Mandates	11-64
SECTION B: In any case the powers of the League did not include any power of unilateral revocation	65-89
SECTION C: Charter limitations on the competence and powers of the Principal United Nations Organs.	90-116
SECTION D: "The legal consequences for States"	117-124
POSTSCRIPTUM: Other consequences	125
ANNEX: Preliminary and Incidental Matters.	I-32

DETAILS

PART I: Introductory considerations	1-10
1. The real issues in the case	1-9
2. Arrangement, and statement of principal conclusions . .	10
PART II: Substance	11-125
SECTION A: Non-subrogation of the United Nations to the powers of the League of Nations in respect of Mandates	11-64
1. United Nations not the successor in law of the League— Possible methods of succession: by arrangement, by implication, by consent (novation).	11-13
2. Absence of any automatic succession by implication .	14-19
(i) The supervisory function as the corollary of the obligation to report	14

TABLE SYNOPTIQUE

GRANDES SECTIONS

	<i>Paragraphes</i>
PREMIÈRE PARTIE: Considérations introductives	1-10
DEUXIÈME PARTIE: Fond	11-123
SECTION A: Non-subrogation de l'Organisation des Nations Unies à la Société des Nations dans ses pouvoirs relatifs aux mandats.	11-64
SECTION B: En tout cas le pouvoir de révocation unilatérale n'entraîne pas dans les pouvoirs de la SdN.	65-89
SECTION C: Limites de la compétence et des pouvoirs que les organes principaux des Nations Unies tiennent de la Charte	90-116
SECTION D: « Conséquences juridiques pour les Etats »	117-124
POST-SCRIPTUM: Autres conséquences.	125
ANNEXE: Questions préliminaires et questions incidentes	1-32

DÉTAIL

PREMIÈRE PARTIE: Considérations introductives	1-10
1. Véritables problèmes se posant en l'espèce	1-9
2. Ordre et énoncé des conclusions principales	10
DEUXIÈME PARTIE: Fond	11-125
SECTION A: Non-subrogation de l'Organisation des Nations Unies à la Société des Nations dans ses pouvoirs relatifs aux mandats	11-64
1. L'Organisation des Nations Unies n'est pas en droit le successeur de la Société des Nations — Méthodes possibles de succession: par voie d'accord, implicitement, par voie de consentement (novation).	11-13
2. Absence de succession automatique et implicite	14-19
i) La fonction de surveillance comme corollaire de l'obligation de faire rapport	14
	306

(ii) Distinction between the reporting obligation <i>in se</i> and the right to claim performance of it	15
(iii) Reporting obligation capable of implementation otherwise than by reporting to an organ of the United Nations	16
(iv) No automatic conversion of the reporting obligation into a duty owed to the Assembly of the United Nations, a new and different entity—Statement of differences	17-18
(v) Conclusion as to implied succession	19
3. Arguments in opposition to this conclusion	20-34
(a) The Court's Opinion of 11 July 1950	21-22
(b) Question of implications said to be derivable from the Charter.	23-32
(i) In general	23
(ii) Article 10	24-25
(iii) Article 80	26-32
(c) The "organized world community" argument	33-34
4. Political rejection in the United Nations (1945-1946) of any continuity with the League of Nations	35-50
(a) In general and in principle	35-38
(i) Attitude toward the League.	35-36
(ii) Assembly resolution XIV of 12 February 1946	37-38
(b) In particular as regards mandates	39-44
(i) Settled policy of preference for, and reliance on, the trusteeship system	39-40
(ii) The final League resolution on mandates (18 April 1946)	41-44
The "Chinese" draft	43(a)
The reference to Chapter XI of the Charter	43(b)
(c) Reasons for the United Nations attitude on mandates—its significance	45-46
(d) Conclusion as to the legal effects of this attitude	47-50
5. The issue of consent—No recognition by the Mandatory of any accountability to the United Nations	51-64

Paragraphes

- ii) Distinction entre l'obligation de faire rapport proprement dite et le droit d'exiger l'exécution de cette obligation. 15
 - iii) L'obligation de faire rapport pouvait être remplie autrement qu'en faisant rapport à un organe de l'ONU 16
 - vi) L'obligation de faire rapport ne s'est pas automatiquement transformée en un devoir envers l'Assemblée générale des Nations Unies, entité nouvelle et différente. Indication des différences 17-18
 - v) Conclusion concernant une succession implicite 19
3. Arguments contraires concernant cette conclusion. 20-34
- a) Avis consultatif de la Cour du 11 juillet 1950 21-22
 - b) Question des déductions que l'on prétend pouvoir tirer de la Charte 23-32
 - i) En général 23
 - ii) Article 10 24-25
 - iii) Article 80 26-32
 - c) L'argument de la « communauté mondiale organisée » 33-34
4. Rejet politique, aux Nations Unies (en 1945-1946), de toute continuité avec la Société des Nations 35-50
- a) En général et en principe 35-38
 - i) Attitude à l'égard de la Société des Nations 35-36
 - ii) Résolution XIV de l'Assemblée générale en date du 12 février 1946. 37-38
 - b) En ce qui concerne les mandats en particulier 39-44
 - i) Politique établie tendant à donner la préférence au régime de tutelle et à s'appuyer sur ce régime. 39-40
 - ii) Résolution finale de la Société des Nations sur les mandats (18 avril 1946). 41-44
 - Le projet « chinois » 43a)
 - La référence au chapitre XI de la Charte. 43b)
 - c) Motifs expliquant l'attitude des Nations Unies sur les mandats — Importance de cette attitude 45-46
 - d) Conclusions relatives aux effets juridiques de cette attitude. 47-50
5. Question du consentement. Le Mandataire ne reconnaît aucune obligation de rendre compte à l'Organisation des Nations Unies. 51-64

	<i>Paragraphs</i>
(a) General principles	51-53
(i) Absence of any basis of consensus	51
(ii) A <i>novation</i> was involved	52
(iii) Legal effect of "Statements of Intention"	53
(b) Particular episodes	54-62
(i) The final League of Nations resolution of 11 April 1946	54-55
(ii) The question of the incorporation of SW. Africa as part of South Africa itself	56-58
(iii) The Mandatory's offer to render reports under Article 73 (<i>e</i>) of the Charter	59-60
(c) Conclusions as to consent	61-63
6. General conclusion on Section A. No supervisory function ever became vested in the United Nations	64
 SECTION B: In any case the powers of the League did not include any power of unilateral revocation	
	65-89
1. The United Nations could not exercise any other or greater powers than had been possessed by the League	65-66
2. The League had no power of unilateral revocation of a mandate, either express or implied	67-85
(a) Presumption against the existence of such a power	67-72
(b) Positive contra-indications:—(1) based on the terms of the relevant instruments and received principles of interpretation	73-84
(i) Essentially non-peremptory character of the mandates system	73
(ii) Limited scope of the supervisory function as exercised by the League Council	74-78
(iii) The League's voting rule of unanimity including the vote of the mandatory	79-80
(iv) Contemporaneous consideration and rejection of notion of revocability	81-82
(v) The administration as an "integral portion" clause of the mandate	83-84
(c) Positive contra-indications:—(2) based on the circumstances prevailing when the mandates system was established	85
3. General conclusion on Section B. The mandates were not intended to be unilaterally revocable	86-89
Test of this conclusion	87

Paragraphes

a) Principes généraux	51-53
i) Défaut de base réelle de consentement	51
ii) Il y a eu novation.	52
iii) Effet juridique des « déclarations d'intention ».	53
b) Evénements particuliers.	54-62
i) Résolution finale de la Société des Nations du 18 avril 1946	54-55
ii) Question de l'incorporation du Sud-Ouest africain à l'Afrique du Sud	56-58
iii) Offre du Mandataire de fournir des rapports en vertu de l'article 73 e) de la Charte	59-60
c) Conclusions relatives au consentement	61-63
6. Conclusion générale de la section A. Aucune fonction de surveillance n'a jamais été dévolue à l'Organisation des Nations Unies	64
SECTION B: En tout cas, le pouvoir de révocation unilatérale n'entraînait pas dans les pouvoirs de la SdN.	
1. L'ONU ne pouvait exercer des pouvoirs autres ou plus grands que ceux que possédait la SdN	65-89
2. La SdN n'avait aucun pouvoir de révocation unilatérale, exprès ou implicite	65-66
a) Présomption contre l'existence d'un tel pouvoir	67-85
b) Indications positives contraires 1) fondées sur les termes des instruments pertinents et des principes admis d'interprétation	67-72
i) Caractère essentiellement non absolu du système des mandats	73-84
ii) Portée limitée de la fonction de surveillance exercée par le Conseil de la Société des Nations	73
iii) Règle de vote à la Société des Nations — Unanimité y compris le vote du mandataire	74-78
iv) Examen contemporain et rejet de la notion de révocabilité.	79-80
v) Clause du mandat concernant l'administration comme « partie intégrante ».	81-82
c) Indications positives contraires 2) résultant des circonstances qui régnaient au moment où le système des mandats a été établi.	83-84
3. Conclusion générale de la section B. Les mandats n'étaient pas censés être unilatéralement révocables.	85
Vérification de cette conclusion	86-89
	87

Paragraphs

SECTION C: Charter limitations on the competence and powers of the Principal United Nations Organs	90-116
1. In the case of the Assembly	91-107
(i) Absence in principle of executive powers—Non-binding and purely recommendatory character of its resolutions	92-96
(ii) Powers acquired <i>ab extra</i> or <i>aliunde</i> only exercisable within the limits of the Assembly's Charter competence	97-103
(iii) Factors confirming these conclusions.	104-106
The Klaestad-Lauterpacht views in the <i>Voting Procedure</i> case	104-105
The Court's answer to question (c) in the 1950 advisory proceedings.	106
(iv) Conclusion as to the powers of the Assembly—It cannot in the field of mandates do more than make recommendations—It has no competence to revoke	107
2. In the case of the Security Council	108-116
(i) Consequential character of the Security Council's resolutions in the present case	108
(ii) The Security Council does not possess any other or greater powers than the Assembly in the field of mandates as such	109
(iii) No competence to exercise greater powers in the guise of peace-keeping, unless there is a genuine threat to peace and security.	110-111
(iv) Proper scope of the Security Council's peace-keeping functions under the Charter—Effect of Articles 24 and 25.	112-114
(v) The Security Council cannot, even for peace-keeping purposes, effect changes in territorial sovereignty or rights of territorial administration	115-116
SECTION D: "The legal consequences for States"	117-124
1. In general	117
2. For South Africa	118-121
3. For other States	122-124
POSTSCRIPTUM: Other consequences	125

Paragraphes

SECTION C: Limites de la compétence et des pouvoirs que les organes des Nations Unies tiennent de la Charte	90-116
1. L'Assemblée générale	91-107
i) Ses pouvoirs n'ont pas en principe un caractère exécutif — Ses résolutions sont de simples recommandations non obligatoires.	92-96
ii) Elle ne peut exercer les pouvoirs qu'elle tient d'une autre source ou de l'extérieur que si elle reste dans les limites de la compétence que la Charte lui confère	97-103
iii) Facteurs confirmant ces conclusions	104-106
Opinions Klaestad-Lauterpacht dans l'affaire de la <i>Procédure de vote</i>	104-105
Réponse donnée par la Cour à la question c) dans la procédure consultative de 1950	106
iv) Conclusion quant aux pouvoirs de l'Assemblée. Elle ne peut prendre que des recommandations dans le domaine des mandats. Elle n'a pas compétence pour procéder à une révocation.	107
2. Le Conseil de sécurité	108-116
i) Caractère accessoire des résolutions du Conseil de sécurité en la présente espèce	108
ii) Le Conseil de sécurité ne possède pas de pouvoirs autres ou plus grands que ceux de l'Assemblée en matière de mandats	109
iii) Le Conseil de sécurité n'a pas compétence pour exercer des pouvoirs plus grands, sous le prétexte du maintien de la paix, à moins qu'il n'existe une menace véritable contre la paix et la sécurité.	110-111
iv) Etendue réelle des pouvoirs du Conseil de sécurité relatifs au maintien de la paix en vertu de la Charte — Effet des articles 24 et 25.	112-114
v) Le Conseil de sécurité ne peut, même aux fins du maintien de la paix, effectuer des changements touchant à la souveraineté territoriale ou à des droits d'administration territoriale	115-116
SECTION D: « Conséquences juridiques pour les Etats »	117-124
1. Généralités.	117
2. Pour l'Afrique du Sud.	118-121
3. Pour les autres Etats	122-124
POST-SCRIPTUM: Autres conséquences.	125

	<i>Paragraphs</i>
ANNEX: Preliminary and incidental matters	1-32
1. Incompetence of the United Nations Assembly to act as a court of law	1-8
2. The Court's right to examine the assumptions underlying any Request for an Advisory Opinion	9-12
3. Should the Court have refused to comply with the Request in the present case?	13-16
4. The question of the appointment of a South African judge <i>ad hoc</i>	17-32
(a) The relevant provisions of the Court's Statute and Rules	17-25
(b) The question of whether there was a dispute	26-32

Paragraphes

ANNEXE: Questions préliminaires et questions incidentes . . .	1-32
1. L'Assemblée des Nations Unies est incompétente pour agir comme tribunal.	1-8
2. Droit pour la Cour d'examiner les prémisses de toute demande d'avis consultatif	9-12
3. La Cour devrait-elle donner suite à la demande d'avis consultatif en l'espèce?	13-16
4. La question de la nomination d'un juge <i>ad hoc</i> sud-africain	17-32
a) Les dispositions applicables du Statut et du Règlement	17-25
b) Question de savoir s'il existait un différend	26-32